



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

ALEXANDRE CESAR DOS SANTOS

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: direito fundamental à produção da prova
na persecução penal**

Maceió/AL

2021

ALEXANDRE CESAR DOS SANTOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: direito fundamental à produção da prova na
persecução penal

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Linha de pesquisa 4: Crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais penais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto.

Maceió/AL

2021

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S237i Santos, Alexandre Cesar dos.
Investigação criminal defensiva : direito fundamental à produção da prova na
persecução penal / Alexandre Cesar dos Santos. – 2021.
187 f.

Orientador: Welton Roberto.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de
Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió.

Bibliografia: f. 175-187.

1. Investigação criminal. 2. Inquérito policial. 3. Princípio da paridade de armas. 4.
Prova. 5. Justo processo. I. Título.

CDU: 343.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

ALEXANDRE CESAR DOS SANTOS

"INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Rosmar A. R. C. de Alencar (UFAL)

Julgamento: 7,5 (sete e meio) - APROVADO

Assinatura: _____

Matrícula 1352111

Prof. Dr. Hugo Leonardo R. Santos (UFAL)

Julgamento: 7,5 (sete e meio) - APROVADO

Assinatura: _____

Matrícula 2279377

Prof. Dr. André Rocha Sampaio (FITS)

Julgamento: 7,5 (sete e meio) - APROVADO

Assinatura: _____

Maceió-AL, 06 de dezembro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por ter permitido chegar a este momento de mais uma vitória;

Agradeço a toda minha família, em especial, a minha esposa Noemi Albuquerque pelo seu incentivo para realizar do meu sonho de cursar o Programa de Mestrado, por seu companheirismo neste momento de vitória.

Agradeço à minha mãe, Célia Cesar, ao meu pai Marcelo Renato, *in memoria*, por terem sempre depositado suas confianças nos meus estudos; aos meus filhos Camila Cesar, Alexandre Júnior e Marcelo Renato meus maiores incentivadores.

Ao professor e orientador Welton Roberto, sou muito grato por todos os esclarecimentos no decorrer do curso, pelas orientações e sugestões sempre tão pertinentes, bem como aos professores doutores Hugo Leonardo, Rosmar Alencar, Elaine Pimentel, aos demais do corpo docente. Ao professor doutor André Rocha Sampaio por ter aceitado o convite para compor a banca da defesa final deste trabalho.

Aos amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL, bem como aos funcionários e funcionárias da FDA, obrigado pelas trocas de experiência e por todo conhecimento transmitido.

Por fim, aos meus queridos amigos e amigas da turma 14 pelo companheirismo e transmissão de conhecimentos, especialmente, aos, da Linha 4.

RESUMO

A presente dissertação aborda o tema investigação criminal defensiva, a qual é direito fundamental à disposição da defesa técnica para a produção da prova por autoridade própria no curso da persecução penal para um modelo do justo processo penal. A partir dessa premissa, para a contextualização do tema, a pesquisa se utiliza do suporte teórico da Teoria do Garantismo Penal a qual sustenta, dentre os seus axiomas o direito à prova e ao contraditório, os quais constituem direitos fundamentais do imputado, o que são os objetivos da investigação criminal defensiva. O estudo prossegue com a finalidade de sacar o princípio da paridade de armas no processo penal do princípio do contraditório, a partir do art.5, §2º da Constituição Federal, a qual é uma norma de cláusula de abertura constitucional. O trabalho se debruça sobre o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, com as propostas de autores contrários e favoráveis, em uma análise doutrinária e as perspectivas de futuro. Por outro lado, há uma corrente que sustenta o contraditório diferido na primeira fase da persecução penal. Apresenta-se um panorama dogmático, teórico e prático da prova no processo penal para trazer ao debate a finalidade e a validade da prova para a investigação criminal defensiva. Por isso, é importante trazer à baila a cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial, como direito fundamental à prova lícita. Nessa linha de raciocínio, é relevante estabelecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa, haja vista que a produção da prova está intimamente relacionada aos sistemas de persecução penal. Além disso, faz breves apontamentos acerca dos sistemas jurídicos norte americano e italiano sobre a investigação criminal defensiva. A pesquisa expõe críticas à política criminal expansiva e punitivista do direito penal que têm suprimido garantias constitucionais e processuais penais do imputado para dar a falsa impressão de celeridade e efficientismo, como resposta do sistema de persecução criminal, o que degenera os princípios basilares do direito penal moderno. A metodologia da pesquisa utilizada no estudo é a bibliográfica e a documental que se dedicam acerca dos temas tratados na dissertação. O estudo apresenta os aspectos limitadores e as possibilidades para a efetivação da investigação criminal defensiva e seus reflexos na *persecutio criminis*, com também apresenta críticas doutrinárias à validade da prova produzida diretamente pela defesa. Nessa perspectiva, o objetivo da pesquisa é demonstrar que é preciso alterações legislativas no ordenamento jurídico para a efetivação da investigação criminal defensiva, como medida de política criminal, com a finalidade de ser uma ferramenta essencial ao direito de defesa, o que vai garantir o direito fundamental à prova em igualdade de produção e em paridade de armas.

Palavras-chaves: Investigação criminal. Inquérito Policial. Paridade de armas. Prova. Justo Processo.

ABSTRACT

This dissertation addresses the topic of defensive criminal investigation, which is a fundamental right at the disposal of the technical defense for the production of evidence by its own authority in the course of criminal prosecution for a model of fair criminal procedure. From this premise, for the contextualization of the theme, the research uses the theoretical support of the Criminal Guarantee Theory which supports, among its axioms, the right to proof and to the contradictory, which constitute fundamental rights of the accused, which are the goals of defensive criminal investigation. The study proceeds with the purpose of extracting the principle of parity of arms in criminal proceedings from the principle of contradictory, from article 5, §2 of the Federal Constitution, which is a norm of a constitutional opening clause. The work focuses on the contradictory and the broad defense in the police investigation, with the proposals of contrary and favorable authors, in a doctrinal analysis and future perspectives. On the other hand, there is a current that supports the deferred contradictory in the first phase of criminal prosecution. A dogmatic, theoretical and practical overview of evidence in criminal proceedings is presented to bring to the debate the purpose and validity of evidence for defensive criminal investigation. Therefore, it is important to bring up the chain of custody of evidence and its consequences in the police investigation, as a fundamental right to lawful evidence. In this line of reasoning, it is relevant to establish the validity of the evidence produced directly by the defense, given that the production of evidence is closely related to criminal prosecution systems. In addition, it makes brief notes about the North American and Italian legal systems on defensive criminal investigation. The research exposes criticisms of the expansive and punitive criminal policy of criminal law that have suppressed constitutional and criminal procedural guarantees of the accused to give the false impression of celerity and efficiency, as a response of the criminal prosecution system, which degenerates the basic principles of criminal law. modern. The research methodology used in the study is the bibliographic and documental that are dedicated to the themes dealt with in the dissertation. The study presents the limiting aspects and possibilities for carrying out the defensive criminal investigation and its effects on persecutio criminis, as well as presenting doctrinal criticisms of the validity of the evidence produced directly by the defense. In this perspective, the objective of the research is to demonstrate that legislative changes are necessary in the legal system for the effectiveness of the defensive criminal investigation, as a criminal policy measure, with the purpose of being an essential tool for the right of defense, which will guarantee the right to fundamental test in equality of production and parity of arms.

Keywords: *Criminal investigation. Police Inquiry. Weapon parity. Proof. Fair Process.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 GARANTISMO PENAL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O DIREITO DE DEFESA EM PARIDADE DE ARMAS PARA O JUSTO PROCESSO .	14
1.1 O Garantismo Penal com modelo para a paridade de armas	14
1.1.1 O direito de defesa e o direito de não impunidade na teoria do Garantismo Penal.....	17
1.1.2 Críticas ao Garantismo Penal à luz da doutrina brasileira.....	21
1.2 Garantismo Penal e texto normativo: a construção do princípio da paridade de armas no processo penal.....	24
1.2.1 A cláusula de abertura constitucional que permite a extração de princípios implícitos ..	27
1.3 Princípio da paridade de armas no processo penal: conceito e fonte para concretização ao direito de defesa na persecução penal.....	30
1.3.1 A aplicação do princípio da paridade de armas pela jurisprudência	35
1.4 O princípio de não produzir provas contra si mesmo na perspectiva da paridade de armas na persecução penal	37
1.5 A investigação criminal pelo Ministério Público por autoridade própria.....	43
1.6 O justo processo penal em paridade de armas	47
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA	51
2.1 Inquérito policial: a influência das políticas de Estado na sua conceituação	51
2.1.1 O surgimento do inquérito policial no sistema processual brasileiro.....	53
2.2 Breves fontes históricas em torno do Código de Processo Penal de 1941 e seus reflexos sobre o inquérito policial	59
2.2.1 Os influxos autoritários do Estado Novo sobre o Inquérito Policial.	62
2.2.2 As características do inquérito policial na visão da doutrina processual penal clássica que inviabilizam a investigação criminal defensiva	64
2.3 Perspectiva de futuro do inquérito policial: contraditório e investigação criminal defensiva.....	66

2.3.1 A investigação criminal defensiva como direito à prova: nova perspectiva do inquérito policial.....	68
2.3.2 Reflexos do Juiz das Garantias sobre a fase preliminar da persecução penal	71
2.4 O contraditório e a ampla defesa: uma leitura à luz da Constituição Federal	74
2.4.1 O direito de defesa no inquérito policial como fase da persecução penal	81
2.5 O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial pela perspectiva da investigação criminal defensiva.....	85
2.6 A investigação criminal defensiva como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa.....	91
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA COMO TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	95
3.1 O conceito de prova e sua finalidade na investigação criminal defensiva	95
3.2 A relação entre os sistemas de persecução penal e a gestão na produção da prova: condição <i>sine qua non</i> ao devido processo legal	98
3.2.1 A gestão da prova nos sistemas de persecução penal: sistema inquisitivo e contraditório	100
3.2.2 A prova no sistema de persecução adversarial	103
3.3 A cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial quanto às provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.....	106
3.4 A cadeia de custódia da prova no processo penal como direito fundamental à prova lícita.....	112
3.5 A cadeia de custódia como uma tecnologia para a modernização da investigação criminal.....	117
3.6 Direito fundamental à prova produzida pela investigação criminal defensiva.....	120
3.6.1 A prova ilícita obtida pela investigação criminal defensiva.....	126
3.6.2 A validade da prova produzida pela investigação criminal defensiva.....	129
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA SUA CONCRETIZAÇÃO COMO DIREITO DE DEFESA EM BUSCA DA PARIDADE DE ARMAS NA PERSECUÇÃO PENAL	131
4.1 A investigação criminal defensiva no direito comparado	131
4.1.1 Noções sobre o sistema judiciário norte-americano	131

4.1.2 A gestão da prova no modelo norte-americano.....	132
4.1.3 <i>Plea bargain</i> : justiça penal negociada no sistema norte-americano.....	134
4.1.4 Noções gerais sobre o sistema legislativo italiano	137
4.1.5 O modelo italiano na gestão da prova na persecução penal	138
4.1.6 Aspectos práticos da investigação criminal no sistema italiano.....	139
4.2 A natureza jurídica da investigação criminal defensiva	140
4.3 Objetivos da investigação criminal defensiva na persecução penal	143
4.4 A investigação criminal defensiva como garantia constitucional ao direito de defesa	146
4.4.1 A investigação criminal defensiva como direito ao contraditório proativo.....	149
4.5 A investigação criminal como garantia da paridade de armas no processo penal.....	153
4.6 A investigação criminal defensiva como instrumento de política criminal na busca do justo processo	158
4.7 Críticas à investigação defensiva: dificuldades e limites jurídicos para implementação no direito brasileiro.....	162
4.8 As necessárias alterações legislativas como medida de política criminal para a concretização da investigação criminal defensiva.....	166
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS.....	175

INTRODUÇÃO

A investigação criminal defensiva é um tema que está despertando interesse dos estudiosos das Ciências Criminais, visto que provoca a discussão se a defesa técnica por autoridade própria, no curso da persecução penal, pode exercer o contraditório e a ampla defesa como direitos fundamentais à prova. É preciso, para isso a captação diretamente elementos probatórios que sejam favoráveis ao imputado, utilizando-se dos meios de provas.

Firmadas essas premissas, a hipótese básica da dissertação assenta-se na ideia de que o imputado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa, desde o inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação criminal defensiva, que é a investigação direta pela defesa.

É por essa razão a relevância e a justificativa em se pesquisar sobre a investigação criminal defensiva, com a publicação pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 14, à medida que proporciona à defesa técnica do investigado amplo acesso aos elementos informativos documentados nos autos do inquérito policial, para que possa exercer, em tese, o contraditório e a ampla defesa, ainda que diferidos, conforme sustenta parte da doutrina.

A partir dessa premissa, a pesquisa tem o propósito de estudar o instituto da investigação criminal defensiva no que concerne à produção direta da prova, com a defesa técnica tendo um papel proativo para a busca da verdade fática penal em paridade de armas, similitude de força probatória, na persecução criminal com os órgãos de controle penal. Sendo assim, há uma quebra de paradigma da doutrina que cabe exclusivamente à acusação buscar as provas necessárias para formar o lastro probatório que ira servir de base ao convencimento judicial da sentença penal condenatória.

No entanto, cabe advertir, desde logo, que a investigação criminal defensiva não leva à impunidade e ao descrédito do sistema punitivo penal. De fato, o estudo em comento vai ponderar sobre a equidade de armas na persecução penal, entre a acusação e a defesa, com a finalidade de legitimar o *jus puniendi* estatal, já que a produção probatória diretamente pela defesa é destinada aos sujeitos da *persecutio criminis*.

Por isso, é importante frisar que há uma tensão no modelo persecutório criminal brasileiro entre a busca pelo *jus puniendi* para prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere com o respeito às garantias fundamentais e processuais do imputado. Entretanto, o cenário é que as garantias constitucionais do imputado são mitigadas, sendo muitas vezes violadas, em favor da eficiência e da celeridade do sistema punitivo estatal, enquanto argumento de uma política criminal de redução da criminalidade.

Por outro lado, não se pode conceber um Estado democrático de direito sem as garantias constitucionais mínimas durante *persecutio criminis*, e, entre elas, a oportunidade de defesa do imputado. Dessa maneira, a produção da prova diretamente pelo advogado é direito e obrigação de zelo no exercício da profissão em defesa do imputado.

Para o desenvolvimento da pesquisa, a dissertação foi estruturada em 04 (quatro) capítulos. Para tanto, no primeiro capítulo, inicialmente, trata do Garantismo Penal como uma garantia da defesa, em modelo de equidade de armas, entre o direito de defesa e o da não-impunidade que vai legitimar a persecução penal no estado democrático de direito. Outra questão abordada, diz respeito à construção teórica com o objetivo de extrair o princípio da paridade de armas no Processo Penal, a partir da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal. Neste ponto, há um consenso na doutrina de que a paridade de armas é um princípio, entretanto, existe divergência quanto à sua fonte normativa entre os princípios do contraditório e da igualdade no processo penal.

Ainda, é relevante o trazer à baila a produção da prova diretamente pelo Ministério Público. Nesse ponto, já pacífico pelo Supremo Tribunal Federal, o que é mais um fator para que seja *lege ferenda* no ordenamento jurídico a investigação criminal defensiva para que, em tese, seja assegurada a paridade de armas no processo penal.

É necessário reconhecer que a investigação criminal defensiva produz prova favoráveis ao imputado com base no princípio *nemo tenetur se degetere*, ou seja, ninguém é obrigado a si descobrir, produzir provas contra si mesmo, sem que com isso ocorra a quebra do princípio da paridade de armas. Além disso, o capítulo inicial traz os aspectos teóricos do justo processo que dá embasamento à investigação criminal pela própria defesa em paridade de armas no processo penal.

O segundo capítulo enfrenta a problemática da possibilidade do contraditório e da ampla defesa na fase do inquérito policial. Nesse tópico, as perspectivas teóricas da investigação criminal defensiva são de uma tutela do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial, enquanto reação defensiva à imputação em equidade de armas. Por ser tema fértil para o debate, o estudo lança um viés do direito de defesa técnica no inquérito policial, como uma garantia fundamental para o equilíbrio em paridade de armas com os órgãos oficiais de persecução criminal. Além disso, aborda as perspectivas de futuro para o inquérito policial quanto à investigação criminal defensiva e o juiz das garantias. Para tal desiderato, faz-se necessário um estudo do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, a partir da doutrina e da jurisprudência para saber o alcance do contraditório e da ampla defesa na fase do procedimento pré-processual.

O terceiro capítulo é dedicado ao direito fundamental à produção da prova na persecução criminal. Nessa seção, abrangem-se aspectos da teoria geral da prova, o seu conceito e a sua finalidade na investigação criminal defensiva. Por isso, é importante trazer ao debate a cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial, como direito fundamental à prova lícita. Nessa linha de raciocínio, é relevante estabelecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa, haja vista que a produção da prova está intimamente relacionada aos sistemas de persecução penal. Diante disso, no sistema penal acusatório a prova deve ser produzida nos ditames constitucionais com respeito às garantias fundamentais.

Ao final, no quarto último capítulo deste estudo, buscam-se subsídios teóricos no direito americano e italiano sobre a investigação defensiva, ainda que, em aperto de síntese, com a finalidade de mostrar que ela é um instituto jurídico que está à disposição da defesa técnica. A importância desse ponto é mostrar que a investigação direta pela defesa nos Estados Unidos é plenamente admissível, por ser uma característica do sistema jurídico da *common law*, que permite para a acusação e à defesa a iniciativa investigatória e probatória próprias. Sendo assim, os meios de provas obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz. Por outro lado na Itália, a investigação criminal defensiva é matéria constitucional e está disciplinada no Código de Processo Penal. Nesse contexto, a defesa técnica não é figura inerte na *persecutio criminis*, uma vez que ela pode buscar fontes de provas em favor do investigado, por autoridade própria. Desse modo, o processual penal italiano proporciona equilíbrio entre as partes antagônicas, pelo viés do sistema acusatório em paridade de armas no curso da persecução penal, o que conduz ao justo processo.

Outra temática tratada no capítulo final gira em torno da possibilidade de implantação da investigação criminal defensiva no sistema jurídico brasileiro, bem como os seus limites como medida de política criminal para a concretização do justo processo penal. Diante disso, abre-se a discussão sobre até que ponto os legisladores e os juízes podem estabelecer parâmetros racionais para que a defesa técnica do imputado, no curso da persecução criminal, possa coletar diretamente elementos de informação e/ou provas, para uma reação defensiva à imputação eficazmente e em paridade de armas com a acusação para que se tenha o devido e justo processo penal. A resposta a essa pergunta tem a finalidade de perquirir as possibilidades de incorporação legislativa para a concretização da investigação criminal diretamente pela defesa técnica, enquanto uma garantia fundamental ao direito de defesa no ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante à investigação direta pela defesa técnica, pelo prisma da produção e da concretização da prova documentada, ela é uma ferramenta à disposição do advogado de defesa, com o auxílio de outras ciências, que visam a garantir o equilíbrio entre o imputado e o Estado investigação em um sistema penal acusatório, já que assegura, em tese, a paridade de armas e aumenta o direito de defesa.

Desse modo, a importância de se pesquisar sobre as possibilidades e os limites da investigação criminal pela defesa técnica é relevante em razão de que ela é um grande fortalecimento ao direito de defesa do imputado. Além dessas perspectivas, há o direito fundamental à prova, o qual é essencial ao processo penal acusatório, por estar intimamente relacionado com os princípios da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório, de forma a equilibrar a produção da prova e proporcionar eficácia à investigação defensiva para o devido processo penal justo.

Para alcançar esses resultados, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica e documental, com reflexões de vários autores com suas propostas teóricas em torno dos temas tratados neste trabalho. Por isso, a abordagem dos tópicos é estruturada com confrontos doutrinários de teses em sobre o direito de defesa e da prova na persecução criminal, assim como em precedentes judiciais.

Por fim, o que se pretende, neste trabalho científico, é aprimorar a construção teórica acerca da tutela do exercício ao contraditório e à ampla defesa, desde a fase pré-processual, como direito fundamental de se defender provando em contraditório proativo, além da necessidade de positivação de uma legislação específica sobre a investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico brasileiro.

1 GARANTISMO PENAL E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O DIREITO DE DEFESA EM PARIDADE DE ARMAS PARA O JUSTO PROCESSO

1.1 O Garantismo Penal com modelo para a paridade de armas

A teoria do garantismo penal é um esquema tipológico que limita e racionaliza o poder punitivo do Estado, o qual é fundado na estrita legalidade, com a finalidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre minimizar o *jus puniendi* e maximizar a tutela das liberdades públicas do indivíduo em face do Estado. Dessa forma, a investigação criminal defensiva está ligada intimamente com o garantismo penal, pelo viés do contraditório proativo na produção da prova, em paridade de armas, para o modelo da justa persecução penal, já que o direito fundamental à defesa e à prova são axiomas dessa teoria.

À primeira vista, o ponto de partida do garantismo penal é a necessidade de construir uma teoria científica que preserve os direitos e as garantias fundamentais do cidadão e, ao mesmo tempo, os interesses da sociedade para punir um culpado de uma infração penal. É nesse diapasão que Alexandre Morais da Rosa observa que raízes de teoria brotaram nas ideias da filosofia iluminista e está voltado para a garantia dos direitos fundamentais, bem com no controle do poder do Estado em todas as suas esferas de atuação para estabelecer limites ao seu próprio poder de punir em face aos direitos fundamentais.

O garantismo jurídico esteia-se assim, na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder soberano, que sofre as influências dos acontecimentos históricos, notadamente, o “levante neoliberal”, que põe em risco as garantias individuais. Esta limitação ao poder não se dá apenas em relação ao Executivo, mas a todas as funções estatais, destacando-se a limitação ao Legislativo, vinculado que está aos direitos fundamentais, e limitado, de forma que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violar os direitos fundamentais.¹

Em apertada síntese, a obra “Direito e Razão” traz a teoria do garantismo penal, a qual é estruturada em cinco partes, que desenvolve uma reflexão sobre a crise de legitimidade dos sistemas processuais penais em especial o sistema italiano, nas perspectivas de seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos. Na primeira parte, trata das condições mínimas e necessárias para à efetivação e concretização de garantias fundamentais em torno de um modelo de direito penal mínimo na perspectiva epistemológica. Em seguida, Ferrajoli enfrenta a problemática no âmbito da pena, do delito e do processo, com críticas às doutrinas abolicionistas, quando ele estabelece os dez axiomas logicamente conexos entre si. Ainda, analisa a intervenção punitiva no sistema penal italiano, a partir dos pressupostos da teoria do

¹ ROSA, Alexandre Morais. **Decisão Penal: a bricolage de significante**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 86-87.

Garantismo Penal. Por fim, o jusfilósofo italiano propõe uma teoria geral do garantismo nos estreitos limites do direito penal e processual penal para todos os ramos do Direito.

É nesse contexto que o garantismo penal surge como uma resposta crescente da divergência entre a normatividade do modelo de Constituição e a sua efetividade na legislação inferior. Assim, esse ideal vai estabelecer parâmetros de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção mínima do direito penal para atender à normatividade e à eficácia dos direitos e garantias constitucionais. Isso não significa dizer que o modelo processual penal garantista esteja fomentando a criminalidade e a impunidade. Com efeito, essa teoria assegura um processo penal justo, o qual é pautado nas garantias dos direitos fundamentais do imputado para proteção da liberdade, de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, e, ao mesmo tempo, para legitimar o próprio processo penal e o exercício do poder punitivo estatal.

Pelo viés de proteção dos direitos e das garantias fundamentais, Amilton Bueno Carvalho e Salo de Carvalho sustentam que o Garantismo penal tem o propósito de estabelecer critérios racionais que encontrem a legitimidade do Estado Democrático no controle social:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático teórico idôneo à tutela dos direitos fundamentais contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.²

Nesta perspectiva, Luigi Ferrajoli argumenta que a palavra “garantismo” possui três significados diversos que estão conectados entre si e podem ser estendidos a outros ramos do direito. Assim, “um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’”.³ Isso significa, para o autor italiano, que, em um modelo penal garantista, o Estado se conforma com um padrão normativo de direito nos planos epistemológico, político e jurídico, para impor limites à intervenção penal. Desse modo, o garantismo é uma construção teórica que estabelece critérios racionais de civilidade de controle social com respeito efetivo aos

² CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 19.

³ Luigi Ferrajoli explica que: “Sob o plano epistemológico se caracteriza como sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos a função punitiva do Estado em garantias dos direitos dos cidadãos”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785-786.

direitos e às garantias fundamentais proclamados na Constituição, bem como impor limites ao Estado para a tutela de bens jurídicos.

É com razão que Alberto Jorge Correia de Barros Lima afirma que não basta o Estado subordinar os atos à lei, para obter a legitimação substancial do princípio da legalidade. É preciso que haja uma dependência de todos os atos, inclusive da lei, de acordo com o conteúdo normativo da Constituição, posto que a proposta do garantismo penal, enquanto teoria jurídica, exige uma releitura dos conceitos de vigência, eficácia e validade em face do modelo kelseniano.⁴

Ainda no ponto, sobre o significado de garantismo, Ferrajoli argumenta que os ordenamentos jurídicos complexos são anacrônicos, posto que nos ordenamentos garantistas subsistem a validade, mas sem a efetividade, enquanto na prática operacional são tendentes a serem antigarantistas e efetivos. Isso representa uma antinomia entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, no funcionamento do sistema normativo, que “exprime uma aproximação teórica que mantem separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito”. Neste contexto, “em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’”.⁵

Nesta perspectiva, Ferrajoli estabelece sua base teórica fundada em dez axiomas deontológicos, ordenados e ligados sistematicamente, os quais são um modelo ideal de direito garantista para legitimar o sistema penal e submeter o imputado à persecução penal. Assim senão, o autor denomina os axiomas como proposições prescritivas de verdade, que carecem de comprovação para um padrão de sistema penal que satisfaçam os postulados de proteção do imputado em face do Estado punitivo. Com isso, cada axioma se relaciona com um princípio de modo a respeitar os direitos fundamentais consagrados nas Cartas Políticas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade; 8) princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação; **9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.**⁶ (grifei)

⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.786-787.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2006, p. 91.

Sendo assim, sustenta Ferrajoli que uma das preocupações essenciais da teoria do Garantismo Penal reside exatamente na formação do convencimento judicial, ou melhor, na exigência de uma decisão judicial fundada no verdadeiro conhecimento, que possibilita à defesa técnica produzir a prova em contraditório com a acusação. Sob esse prisma, a função da investigação criminal defensiva é de buscar provas favoráveis ao imputado, que tenham valor de fé pública para o exercício do direito de defesa em paridade de armas.

Nesta perspectiva, fundando-se em princípios constitucionais garantistas, encontram-se os princípios do contraditório na produção da prova, da ampla defesa, de não produzir provas contra si mesmo e da paridade de armas, por exemplo, os quais formam um amálgama do contorno da investigação defensiva, enquanto direito fundamental do imputado na produção direta da prova, em confronto com o *jus puniendi* estatal, que significa o poder-dever de punir do Estado.

1.1.1 O direito de defesa e o direito de não impunidade na teoria do Garantismo Penal

Há uma tensão no modelo persecutório criminal brasileiro entre a busca pelo *jus puniendi* para prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere com as garantias fundamentais e processuais do imputado.⁷ Neste cenário, as garantias constitucionais do imputado são mitigadas em favor da eficiência e da celeridade do sistema punitivo estatal, enquanto política criminal voltada à redução da criminalidade. Por outro lado, não se pode conceber um Estado democrático de direito sem as garantias constitucionais mínimas durante a investigação do delito, e, entre elas, a oportunidade de defesa do imputado de produzir provas técnicas, por meio da defesa técnica, a qual se materializa na investigação criminal defensiva.

A partir dessa premissa, adianta-se que pesquisa vai sustentar que a investigação criminal defensiva, enquanto investigação direta pela defesa técnica, é um direito constitucional do imputado, para encontrar a equidade de armas e o equilíbrio no sistema persecutório criminal penal no sistema acusatório e, ao mesmo tempo, é uma ferramenta à disposição da defesa técnica para a concreta produção da prova por autoridade própria, como direito fundamental à prova. Esse raciocínio está alinhado ao pensamento de Antonio

⁷ Antonio Scarance Fernandes define “imputação” como “um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que ajusta a uma norma penal incriminadora. (...) Normalmente, se expressa por determinado ato: indiciamento, denúncia, determinação judicial de prisão cautelar ou de outra medida constritiva”. In. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

Magalhães Gomes Filho realça que o direito à prova é uma garantia fundamental do imputado na busca da verdade fática:

No Estado democrático de direito, no qual os julgamentos criminais somente podem ser considerados legítimos se fundados em provas concludentes e capazes de superar a presunção de inocência do acusado, o reconhecimento de um verdadeiro direito à prova sublinha exatamente os aspectos garantísticos da atividade probatória, ressaltando a necessidade de correção epistemológica, de resguardo de outros direitos fundamentais e, sobretudo, de participação dos interessados em todos os atos relacionados à reconstrução dos fatos.⁸

Daí pode-se afirmar que o devido processo legal tem uma alta relevância social para a solução de conflitos, em razão de ser um instrumento da jurisdição para legitimar a condenação de um culpado ou absolver um inocente na seara criminal.⁹ Sob essa ótica, Rogério Lauria Tucci, a partir da concepção americana, conceitua: “o *devido processo legal* se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que possa atingir, devidamente, a sua já aventada finalidade de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”.¹⁰

Por essa razão, a cláusula do *due process of law* está entrosada com o Estado de Direito Constitucional, já que tem uma abrangência nos atos das esferas do poder de governo nos campos políticos e sociais. Desse modo, trata-se de um princípio de natureza constitucional que irradia por todos os ramos do Direito, sendo no processo penal, o direito ao contraditório, a ampla defesa, bem como um processo justo perante um juiz imparcial, por exemplo. Sob esse prisma Valdir Sznick enfatiza o devido processo legal:

Assim, pode-se entender o devido processo legal como uma instituição na qual, pela norma, deve ser assegurada no processo, legalmente instituído, a oportunidade de ser ouvido por um tribunal competente pré-estabelecido, imparcial e independente, nas pretensões e manifestações das partes, com provas e documentos, permitindo uma

⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

⁹ “A expressão devido processo legal, o que só veio a ocorrer em 1354, sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo Parlamento Inglês, na forma *due process of law*. Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due process of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como pelas norte-americanas. Da Inglaterra, passou o devido processo legal às colônias americanas, tendo várias delas positivado o princípio em suas Constituições, por volta dos anos 1776 e 1777. Somente, após a independência dos Estados Unidos, é que este país incorporou-o em sua Constituição, na 5ª emenda. Foi justamente nos Estados Unidos que o devido processo legal atingiu o ápice de sua elaboração doutrinária e jurisprudencial”. conforme: CARVALHO, Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 126.

¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205. Como acentua o autor: “a partir da concepção, a garantia do devido processo legal compreende uma série de elementos combinados que asseguram uma determinada forma de processo em torno de valores de equidade, imparcialidade, independência, igualdade, publicidade, racionalidade, certeza e universalidade, a par de outros requisitos específicos na Constituição”.

defesa completa (ampla) sendo um padrão (*standard*), no processo como no direito material, limitando o direito do Estado, observando o princípio da igualdade (*equal protection of the law*).¹¹

Daí a conclusão de que o Estado deve utilizar o processo penal para legitimar uma condenação ou absolvição. Assim, entende Ada Pellegrini Grinover, nesses termos:

É dentro do processo penal, entendido como instrumento da persecução penal, que a liberdade do indivíduo avulta e se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação do Estado de sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado se transforma na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.¹²

Apontadas essas nuances, percebe-se que a persecução penal no estado democrático tem como uma das suas “vigas mestras” a teoria do Garantismo Penal, que vai limitar o poder punitivo do Estado para ajustar as tensões entre as garantias constituições do imputado e a tutela dos interesses do corpo social contra a não impunidade do culpado. Nesse ponto, as garantias processuais do imputado estão adstritas de “quando” e “como julgar”, que vão assegurar, em tese, um conjunto de princípios jurídicos constitucionais conectados entre si: a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre o julgador e a acusação, o ônus acusatório da prova, o direito do imputado à defesa, além de outros.

Considerando essa perspectiva, Marcos Zilli pondera que a regra da presunção de inocência esculpida no art. 5, LVII,¹³ da Carta Política, tem duplo alcance na persecução penal. A primeira é relacionada ao tratamento processual e social que considera o imputado inocente para todos os efeitos, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto a segunda, está vinculada ao aspecto do ônus probatório que é imposto à acusação.¹⁴

À vista disso, essas garantias constitucionais estão consubstanciadas na funcionalidade do sistema de persecução penal como normas de garantias processuais, ditas também como “instrumentais”, por serem de natureza processual. De outra banda, estão às garantias relativas ao direito penal, que estão subordinadas a uma gama de princípios para a aplicação da sanção. Assim, tais garantias materiais serão tanto efetivas se estiverem

¹¹ SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 21.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20.

¹³ “art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

assegurados ao máximo à imparcialidade do juízo, à busca da verdade e ao controle dos atos processuais. Por isso, há uma correlação “biunívica” entre as garantias penais e as processuais para o modelo penal garantista, com os meios utilizados pela investigação criminal para se buscar a justa causa¹⁵, a qual vai legitimar a *persecutio criminis* no sistema acusatório.¹⁶

Para Ferrajoli, a principal garantia processual penal é a da “submissão à jurisdição”, que é o princípio da jurisdicionariedade, a qual está expressa pelo axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Essa garantia é compreendida sob dois aspectos distintos: em sentido lato ou em sentido estrito. O primeiro é resultado de um conjunto de princípios materiais, substanciais, os quais são garantias de natureza penal que, em seu conjunto, exprimem-se pelas teses: *nulla poena, nullum cimen, nulla culpa sine iudicio*. Por outro lado, em sentido estrito, agregam às garantias processuais penais formadas pelo conjunto das três teses: *nullum iudicium sine acusatione, sine probatione e sine defensione*.¹⁷

Por esses fundamentos alinhados, Luigi Ferrajoli destaca que o primeiro enunciado normativo, que se encontra no princípio da submissão à jurisdição, tem sua gênese no parágrafo 39,¹⁸ da *Magna Charta* inglesa do ano de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra. A partir dessa clássica formulação, é possível extrair desse texto três princípios de garantias fundamentais de proteção ao suposto indigitado do delito:

- a) O *habeas corpus*, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a *reserva de jurisdição* em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao “juízo legal” de um sujeito imparcial e independente; c) a *presunção de inocência*, por força da qual sem um “juízo legal” e antes da sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido com um culpado.¹⁹

¹⁵ Justa Causa “é a plausibilidade jurídica da imputação” feita pelo magistrado para o juízo de admissibilidade positiva da ação penal, ou seja, viabilidade para o início da segunda fase da persecução penal, com a prova mínima do delito e os indícios da autoria. In: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 494-495.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 495-496.

¹⁸ Parágrafo 39 da Magna Carta: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land”. Disponível em <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Acesso em: 18 mai. 2020. Tradução livre: “Nenhum homem livre deve ser apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou proibido ou exilado, ou privado de qualquer forma de sua posição, nem prosseguiremos com força contra ele ou enviaremos outros a fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra”.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 496.

Geraldo Prado vê o Garantismo Penal pela perspectiva das práticas da persecução penal, as quais devem ser regidas pela presunção de inocência e de se ter o cuidado com a produção probatória, através de um sistema de controle epistemológico.²⁰ Sob esse enfoque, está a proibição da entrada das provas ilícitas no curso do persecutório criminal como um direito fundamental à prova lícita, bem como o não arbítrio da responsabilidade penal.

É neste contexto que a persecução penal deve ser compreendida na dimensão do sistema de política criminal na relação prisão e liberdade, como manifestação do poder do Estado. Por isso, que a proposta da teoria do garantismo penal é alinhada com o minimalismo penal para justificar a intervenção penal estritamente necessária, com parâmetros rigidamente definidos e limitados por normas jurídicas, dentro da legalidade estrita. Por outro lado, rechaça o abolicionismo penal, pois a intervenção do direito penal é estritamente necessária como medida de tutela dos direitos fundamentais e da proteção de bens jurídicos, que guardam íntima relação com os princípios da intervenção mínima, de natureza essencial de política criminal, o qual se desdobra nos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Assim sendo, o princípio da fragmentariedade serve para que o Direito Penal possa intervir para tutelar os bens jurídicos essenciais, que ostentam grande relevância ao convívio social. Diante disso, o Direito penal é subsidiário, quer dizer, ele só deve atuar se os outros ramos do Direito não forem satisfatórios para dirimir o conflito social, por isso, é chamado de a *ultima ratio*, frente aos outros sistemas de controle social.²¹

Volvendo para o modelo teórico-minimalista, elaborado por Ferrajoli, que estabelece condições para a responsabilização penal e para a aplicação da pena limitada pela intervenção mínima. Percebe-se que o sistema garantista (SG) é uma cadeia de axiomas conectados entre si, os quais são dirigidos aos legisladores e aos juízes para a adequada legitimação ou deslegitimação da norma penal, da teoria do delito, da teoria da pena e da teoria processual penal. Desse modo, tais critérios são condições restritivas ao arbítrio legislativo e ao erro judicial para a responsabilização penal do imputado.²²

1.1.2 Críticas ao Garantismo Penal à luz da doutrina brasileira

²⁰ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 12.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012, p. 318.

²² CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 25-26.

Há vozes na doutrina brasileira que fazem ponderações ao garantismo penal, calçadas no argumento de que é necessário encontrar “uma justa medida” na justiça criminal, entre o direito de defesa do imputado e o da não impunidade. Sobre esse ponto específico, sustenta-se que é preciso um garantismo equilibrado nas dimensões “positivas e negativas”²³ que cominem no “garantismo integral”,²⁴ o qual é assentado no Estado democrático e social de direito para a compreensão e aplicação das regras e dos princípios penais e processuais penais, a partir da Carta Política.

Neste contexto, Douglas Fischer faz críticas às manifestações doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras quanto à efetiva interpretação e aplicação da teoria ferrajoliana, o que, em certa medida, está destoando a real compreensão nas regras do jogo, entre as arbitrariedades do poder punitivo estatal e a proteção dos interesses da coletividade. É de se ver que dessa concepção, o autor observa que o Estado deve assegurar os direitos e as garantias fundamentais do imputado, mas, por outro lado, também tutelar o direito das vítimas, dos familiares das vítimas e da segurança da pública.

A partir dessa ilação, vale observar que Fischer denomina de “garantismo hiperbólico monocular” o desequilíbrio excessivo de proteção do Estado na seara criminal, quando na defesa do imputado em detrimento da sociedade. Desse modo, para o autor, o termo “hiperbólico” significa que está evidente a interpretação que a doutrina brasileira e os tribunais fazem quando envolvem a tutela do direito de defesa do imputado com os direitos das vítimas. Enquanto o elemento “monocular” é devido à proteção dos direitos fundamentais só por uma linha de visão, a qual está voltada para a defesa do imputado:

Por esse espectro, importa que, diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos (integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista. Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há

²³ São expressões utilizadas pela doutrina para denominar de espécie de “garantismo positivo” quanto à proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos e, ao contrário, de “garantismo negativo” quando há a proteção contra os excessos do Estado.

²⁴ É uma proposta de Douglas Fischer para que a doutrina brasileira faça uma leitura “integral”, isto é, ampliada dos axiomas e dos postulados do Garantismo Penal na obra “Direito e Razão”, com a finalidade de que não haja um desequilíbrio excessivo entre o direito de defesa do imputado e os direitos das vítimas e da sociedade, o que leva à proteção deficiente do Estado e à impunidade. In: FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4 Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 02 ago. 2021.

distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados.²⁵

Por essa linha de raciocínio, Fischer defende que é preciso uma releitura “integral” dos axiomas do garantismo da doutrina de Ferrajoli, com a finalidade de se encontrar um equilíbrio entre os direitos e garantias das partes na persecução penal para não distorcer o real sentido da referida doutrina.

O tema não passou despercebido por Lenio Streck quanto à “visão monocular” dada pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil ao garantismo penal. Seu posicionamento é semelhante ao de Douglas Fischer, isso porque o renomado autor sustenta que a doutrina nacional dá mais ênfase à leitura do garantismo penal pelo viés “negativo” e esquecendo-se de que, do outro lado, há a proibição da proteção deficiente do Estado. Nesse sentido, no plano da instrumentalização do direito penal, o Estado deve também proteger os bens jurídicos fundamentais, tais como a segurança pública e a cidadania:

Aliás, parcela expressiva do segmento que abriga os penalistas brasileiros de orientação crítica fazem essa leitura do garantismo tão-somente pelo viés negativo. Contrariamente a isso, entendo que, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.²⁶

Apesar de se vislumbrar as pertinências dessas críticas ao garantismo penal, isso não significa dizer que o direito de defesa deve ser restringido ao argumento que pode levar à impunidade. Nesse diapasão, cabe enfatizar que a teoria de Ferrajoli busca, na verdade, equilibrar as regras do jogo entre o imputado e o Estado, o qual é dotado de uma estrutura repressora na busca do *jus puniendi*. Trazendo essa ilação para a investigação criminal defensiva, é de se ver que o princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório ou da defesa, axiomas da teoria ferrajoliana, expressam a necessidade para defesa técnica produzir

²⁵ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4 Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 02 ago. 2021.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: os limites da liberdade de conformação legislativa e a aplicação (corretiva) da nulidade parcial sem redução de texto (*teilnichtigerklärung ohne normtextreduzierung*) à Lei dos Juizados Especiais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, p. 85-118, jul./dez. 2007.

provas, por autoridade própria, em contraditório, com vistas à paridade de armas no curso da persecução penal.

Após esses breves comentários em torno da proposta teórica do Garantismo Penal, faz-se necessários apontar os princípios da investigação criminal defensiva que lhes dão sustentação jurídica. Diante disso, é extremamente relevante esse estudo, para a construção teórica, com a finalidade demonstrar a natureza jurídica e a fonte do princípio da paridade de armas no processo penal.

1.2 Garantismo Penal e texto normativo: a construção do princípio da paridade de armas no processo penal

Para enfrentar esse ponto, é preciso se debruçar sobre a teoria jurídica estruturante de Friedrich Müller. Desse modo, o autor alemão sustenta que o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas o jurista diante do caso. Nessa perspectiva, a norma só existe após o trabalho de concretização, antes disso é só o texto que foi produzido pelo legislador:

A "norma pura" não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma. No sentido do conceito normativo aqui desenvolvido, entretanto, não constitui nem mesmo isso, mas apenas um texto que deve ser visto como forma linguística de uma norma.²⁷

Assim, a tese de Müller é que texto e realidade é que vão construir a norma jurídica²⁸ diante do caso concreto, já que o texto ou a proposição normativa dos artigos e seus

²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

²⁸ É bom frisar que o estudo da norma jurídica encontra-se diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vistas diferentes. Por isso, não há consenso entre os juristas acerca de estrutura da norma jurídica, o que vai diferenciá-la das normas convencionais, para se chegar ao conceito de consenso, dada a complexidade constitutiva, uma vez que cada doutrinador tem sua própria doutrina e convicção. Contudo, Luis Roberto Barroso sintetiza de forma clara e didática a diferenças entre regras e princípios: "Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato". Conforme: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338-339.

parágrafos expressos na lei constituem apenas o ponto de partida para a efetiva construção da norma jurídica, da qual se extraem as regras e os princípios.

Daí o pressuposto firmado na linha da teoria estruturante de Müller, em que a norma jurídica é composta pelo programa normativo ou programa da norma que são os dados linguísticos e o âmbito normativo ou âmbito da norma que são os dados reais normativamente relevantes, como explica o autor:

Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o "verdadeiro sentido" dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente "correto" do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.²⁹

Partindo dessa análise, a norma jurídica é exatamente o somatório do programa da norma e do âmbito da norma que a formam, que, por sua vez, se concretiza no teor da decisão. Daí que se supera a interpretação por subsunção, onde outras variáveis irão concretizar a norma em um caso concreto específico na decisão judicial.

Como enfatiza João Maurício Adeodato, o texto normativo genérico dado previamente não constitui a norma jurídica, mas é apenas o ponto de partida para a extração de regras e princípios para sua construção diante do caso concreto. O texto são os signos linguísticos de onde se sacam as normas jurídicas. É nessa perspectiva que Friedrich Müller argumenta que o resultado da interpretação de uma norma jurídica é o conteúdo da norma. Assim, para ele o método positivista tradicional na linha de pensamento de Kelsen, para quem o texto normativo fixa limites, não se sustenta, já que a lei não se mostra completamente pronta, sendo necessário o trabalho do intérprete para extrair o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica para aplica-la ao caso concreto.³⁰

Outro aspecto do estudo da norma jurídica, pelo viés do Garantismo Penal está na exigência da distinção entre validade formal (vigência) e a validade material (validade) da norma jurídica. Desse modo, validade e vigência são categorias jurídicas distintas e autônomas. Por essa linha de pensamento, para Ferrajoli não basta que uma norma jurídica tenha sido elaborada de acordo com procedimentos formais estabelecidos previamente por outra norma superior dentro do sistema jurídico. Isso por si só não vai assegurar a validade da

²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238-241.

norma, mas apenas sua vigência dentro do ordenamento jurídico. Segundo essa orientação, o jusfilósofo italiano argumenta:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, seu significado. Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior.³¹

Percebe-se, portanto, que para a teoria do Garantismo, a validade de uma norma jurídica extrapola os critérios de formalidade da elaboração legislativa e se apega ao conteúdo para ser considerada válida. Dessa maneira, a proposta garantista da validade da norma de Ferrajoli rechaça a dogmática kelseniana tradicional, a qual basta para a validade da norma que seja ela produzida em conformidade com outra norma hierarquicamente superior. Portanto, as normas jurídicas não se confundem com os textos, haja vista que elas são enunciados que se revelam quando são interpretadas, quando são dados sentidos ao texto, através de um processo de concretização da norma que é o teor da decisão.

Isso significa em última análise que as normas de direitos fundamentais estão inseridas nas Cartas Políticas pelos seus critérios de conteúdos materiais e não formais. Por essa razão, os enunciados normativos são os pontos de partidas que vão ensejar a construção da norma jurídica, o que decorre do processo de cognição do intérprete. Há, portanto, uma norma jurídica constitucional que serve como ponto de referência para se extrair o princípio da paridade de armas no processo penal, que não está expresso, o qual vai garantir a produção da prova na persecução penal e o contraditório proativo, que se materializa na investigação criminal defensiva.

Com essa argumentação, é possível extrair o princípio da paridade de armas da Constituição Federal? De todo modo, esse princípio possui normatividade jurídica, uma vez que é invocado e aplicado nos casos concretos na prática jurisprudencial. Deveras, o princípio da paridade de armas é uma garantia constitucional das partes, o que leva ao processo penal justo, haja vista que proporciona igualdade de oportunidades na persecução penal para os atos decisórios.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 806.

Partindo dessa premissa, é possível que se construa argumentativamente que o princípio da paridade de armas no processo penal pode ser sacado da cláusula de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais a partir do art. 5º, §2º da Carta Política, com será desenvolvido no próximo tópico.

1.2.1 A cláusula de abertura constitucional que permite a extração de princípios implícitos

Com a Constituição Federal de 1988, houve uma amplitude do catálogo dos direitos e das garantias fundamentais, os quais contemplam diversas dimensões em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os principais Pactos e Tratados internacionais sobre Direitos Humanos. Neste contexto, cumpre pontuar que o rol deles, constantes no art. 5º, da Carta Política de 1988, é meramente exemplificativo, o que significa que existem possibilidades de reconhecimento e efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, expressos ou implícitos, que podem ser sacados fora do catálogo, por intermédio da cláusula de abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Carta Magna.³²

Com efeito, embora o rol do art. 5º, da Lei Fundamental, seja bastante extenso e analítico, não tem cunho taxativo. Dessa maneira, o princípio materialmente aberto dos direitos e das garantias fundamentais, consagrados por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal,³³ direciona para a existência deles positivados em outras partes do texto constitucional, bem com em Tratados Internacionais.

A fundamentalidade de haver direitos materiais fundamentais, fora do catálogo, decorre dos princípios adotados pela Constituição ligados ao valor da dignidade da pessoa humana, que pela sua relevância não pode ser deixado de forma absoluta para o legislador ordinário: “O propósito da norma é o de afirmar que a enumeração dos direitos não significa

³² “Art. 5º (...) § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

³³ “Na jurisprudência, todavia, há que registrar algum avanço. Aqui, apenas a título ilustrativo, cumpre referir a mais ou menos recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994 e relatada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3-93 e da Lei Complementar nº 77-93, no que diz com a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Nesta demanda, além de outros relevantes aspectos, reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade, consagrado no art. 150, inc. III, alínea b, da CF constitui, por força do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 84-85.

que outras posições jurídicas pensáveis de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional”.³⁴

Outro aspecto que deve ser levado em conta é a categoria dos assim chamados "direitos implícitos", isto é, aqueles que estão subentendidos ou envolvidos de modo não muito claro, mas que podem ser extraídos do significado e alcance do art. 5º, §2º, da Lei Fundamental, através do recurso da interpretação. São princípios constitucionais não positivados de forma expressa, como elucida Ingo Sarlet:

(...) a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos "decorrentes do regime e dos princípios", evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do "catálogo", bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema.³⁵

Desse modo, há a possibilidade de dedução de um novo princípio constitucional penal e/ou processual penal, mediante o recurso da hermenêutica, de uma norma já positivada de forma expressa do catálogo das normas constitucionais. Isso porque, o texto constitucional é apenas o relato da norma em que o intérprete vai lhe dar sentido e alcance, através da sua função hermenêutica, conforme escreve Luís Roberto Barroso:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.³⁶

Nessa linha de raciocínio e seguindo a explicação de Alberto Jorge Correia de Barros, o qual sustenta que “os princípios são fundamentos de regras, valer dizer, são normas que constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”³⁷. Dessa maneira, pode-se inferir que há princípios jurídicos que podem derivar outros princípios. A partir dessa premissa, é possível afirmar que o *status* jurídico-normativo do princípio da paridade de armas pode ser extraído do enunciado

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 162.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 85.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332.

³⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

transcrito do art. 5º, LV, que está expresso o princípio/garantia do contraditório ou do princípio da igualdade, art. 5º, *caput*, da Lei Maior?

Essa pergunta pode ser respondida a partir da tese de que regras e princípios são espécies de normas jurídicas. Além disso, pela cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Carta Magna e os fundamentos da República, previsto no art. 1º da Constituição Federal, do qual está expresso o princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso III, são nortes que podem auxiliar na investigação para solucionar esse problema.

Inicialmente, focando no princípio da dignidade da pessoa humana em face de seu alto grau de abstração, de cunho polissêmico e de decorrer da ideia de dignidade humana, é possível afirmar que tudo pode ser conduzido ao valor da dignidade da pessoa, mesmo de forma indireta, pela via argumentativa. Isso emana da concepção material dos direitos fundamentais, expressos ou implicitamente consagrados na Carta Magna, os quais podem servir de diretrizes para identificação de outros direitos fundamentais implícitos, sejam de cunho defensivo ou prestacional, fora do catálogo do art. 5º, da Constituição Federal.³⁸

Sobre dignidade humana, Ingo Sarlet esclarece que é um complexo de direitos e deveres fundamentais que venham a garantir as condições mínimas de uma vida saudável e da própria existência para o ser humano:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁹

Levando essa ilação em conta, pode-se detectar que a dignidade humana é um critério de justificação da fundamentabilidade material para extrair da Constituição Federal, quanto aos direitos e às garantias fundamentais implícitos, os quais podem ser desenvolvidos. Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha lugar de destaque de referência para identificação de outros direitos e garantias fundamentais implícitos.

A partir dessa argumentação, pode-se inferir que o princípio da dignidade humana é a pedra fundamental da qual se irradia a garantia fundamental da defesa de que decorrem

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 100-101.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

inúmeras regras e princípios expressos ou implícitos na Carta Magna. Cabe ainda enfatizar o pensamento de Alberto Jorge Correia de Barros Lima de que: “Os princípios constitucionais são os alicerces do sistema, disposição fundamental que se irradia sobre as demais normas, servindo-lhes de critério interpretativo, exatamente por definir a lógica e racionalidade do próprio sistema”.⁴⁰

De fato, a partir dos novos métodos de interpretação constitucional e da teoria da argumentação, os princípios passam a ser valorados e ganham normatividade pela ordem jurídica diante da incorporação aos textos constitucionais. É nesse contexto, que eles passam a ser um instrumento jurídico para dirimir casos concretos, conforme expõe os ensinamentos de Paulo Bonavides:

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou mais de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.⁴¹

Por essa razão, percebe-se que há vários princípios jurídicos implícitos que podem ser sacados, extraídos, a partir de normas jurídicas constitucionais e, portanto, de natureza constitucional. Por exemplo, o princípio da paridade de armas no processo penal, o qual é reconhecido pacificamente pela doutrina e jurisprudência, quando aplicado aos casos concretos.

Essa consistência teórica será aferida no ponto a seguir, em que, o princípio da paridade de armas na persecução criminal está implícito na Constituição Federal, como se sustenta nesse trabalho. Assim, o estudo avança na linha argumentativa de que é possível, com fulcro na cláusula de abertura material dos direitos fundamentais do art. 5º, §2º da Constituição Federal, sacá-lo do princípio do contraditório na formação da prova.

1.3 Princípio da paridade de armas no processo penal: conceito e fonte para concretização ao direito de defesa na persecução penal

Após verificar que a paridade de armas no processo penal tem natureza de princípio constitucional implícito, resta saber se ele é extraído do princípio do contraditório na formação da prova ou é um subprincípio da igualdade processual.

⁴⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

Renato Stanziola Vieira entende que a paridade de armas é um princípio que tem matriz constitucional e decorre do princípio da igualdade:

Por decorrer da igualdade, o princípio da paridade de armas não tem como ser conceituado sem que se resgate, ainda que de forma bastante resumida, os principais traços já apontados aqui. Para se chegar até esta parte do trabalho, indicou-se que paridade de armas é um princípio.⁴²

Em razão disso, Renato Vieira dá sua fundamentação de que o princípio da paridade de armas tem sua matriz no aspecto da igualdade e não do contraditório: “É, justificadamente, decorrendo, em nossa concepção, a paridade de armas da própria igualdade e não do contraditório – o que possibilita mais ampla incidência, como já justificado no trabalho -, tem ela a característica de princípio, e não de regra”.⁴³

Assim sendo, o autor sustenta que a paridade de arma no processo penal é um princípio e decorre da igualdade, a partir da distinção entre regras e princípios pela concepção da doutrina de Robert Alexy na teoria dos direitos fundamentais. Neste diapasão, Vieira trabalha a paridade de armas no processo penal com a aplicação prática, diante do caso concreto: “a aplicação da paridade de armas sempre dependerá de situações fáticas a indicarem que, no caso concreto, terá sido justificada, ou não, eventual desequiparação na forma de apresentação dos argumentos de cada parte”.⁴⁴ Em razão dessa fundamentação, conceitua paridade de armas processo penal como:

Paridade de armas no processo penal é a igual distribuição durante o processo – desde sua fase pré-judicial até a executiva-, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para a apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.⁴⁵

Por sua vez, Paula Bajer defende a tese de que não existe igualdade de armas no processo penal, como regra, uma vez que o processo penal não proporciona a igualdade entre a acusação e a defesa, especialmente, na produção da prova e nas medidas cautelares coativas. Mesmo assim, o processo penal proporciona as garantias de justiça com os fundamentos e a estrutura do devido processo penal, já que os sujeitos da persecução penal atuam de maneiras

⁴² VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 226.

⁴³ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 227.

⁴⁴ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 232.

⁴⁵ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 236.

diversas na produção da prova em busca de demonstrar a verdade, pois há interesses conflitantes: de punir e de liberdade.⁴⁶

Por essa visão, percebe-se que a autora equipara o princípio da igualdade ao da paridade de armas pelo plano jurídico dentro da perspectiva do garantismo penal, uma vez que pode haver desigualdades toleráveis entre as partes, durante a persecução penal, a qual tem início com a *notitia criminis* e se divide na fase de investigação ou *informatio delicti*, que é atividade de preparação da ação penal, e na fase processual, que é da ação penal, as quais formam a atividade do Estado para submeter o imputado ao *persecutio criminis*.⁴⁷

Assim sendo, sob o enfoque de Paula Bajer, a paridade de armas no processo penal é derivada do princípio da igualdade das partes no plano material, em que as partes podem apresentar desigualdades, mas, nem por isso, causa desequilíbrio na persecução penal. Com efeito, a exemplo, tem o contraditório diferido na fase investigativa, que será aprofundado no segundo capítulo, em que a defesa técnica pode ter acesso aos elementos informativos documentados no caderno investigatório.⁴⁸

No que concerne à relação entre igualdade e paridade de armas, a Teoria do Garantismo Penal adota a necessidade da produção da prova, também, pela defesa técnica em qualquer grau de procedimento:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.⁴⁹

Considerando essa perspectiva, reconhecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica, mesmo em sede de inquérito policial, é assegurar a atividade

⁴⁶ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 10.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. V.I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 127-128. Conforme ainda o autor: “A palavra ‘persecução’ tem a vantagem de indicar não só a propositura de ação penal, como ainda, a simples investigação e a atribuição a alguém, em *notitia criminis*, de um fato delituoso”.

⁴⁸ Marcos Alexandre Coelho Zilli esclarece a diferença entre elementos informativos e provas: “Os primeiros são obtidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares e também para a estruturação de uma acusação. As provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 188, 2008, p. 2.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 565.

probatória da investigação criminal defensiva com o mesmo grau de confiabilidade da investigação pública, além de tutelar o direito fundamental à prova.

Em compasso com a ideia de igualdade entre as partes na persecução penal, Maria Lucia Karam argumenta que a paridade de armas deve garantir um mínimo de equivalência entre a defesa técnica e a justiça pública, Ministério Público, para que haja uma efetividade de oportunidades de manifestação na produção de provas:

A paridade de armas não significa, assim, necessariamente uma completa identidade das contrapostas posições processuais, mas sim o real equilíbrio entre estas, exigindo, com razoável frequência, intervenções legislativas, sempre em prol do réu, de forma a re-equilibrar a situação das partes no processo.⁵⁰ (*sic*)

De outra vertente, está a posição de Welton Roberto que defende que o princípio da paridade de armas desponta como cerne para a concretização imediata do direito de defesa para a realização do justo processo penal. Nessa visão, o princípio da paridade de armas atende a uma das garantias funcionais do processo penal, tendo como seu núcleo essencial o contraditório. Portanto, para o iminente processualista, o princípio da paridade de armas ganha relevo de autonomia dentro do sistema de persecução penal.⁵¹ Daí ser plausível concluir que o princípio da paridade de armas surge da cristalina percepção de que as partes necessitam produzir provas no curso na persecução, em contraditório, com a finalidade de clarear o livre convencimento do juiz para a decisão judicial.

Nessa visão, a paridade de armas não estabelece um rigor instrumental igualitário na persecução penal, mas sim um ponto de equilíbrio de reciprocidade para a acusação e à defesa, entre direitos, garantias e obrigações. Por essa concepção, a paridade de armas decorre do contraditório (*par conditio*) como um princípio na busca pela produção da prova. É nessa perspectiva que Welton Roberto traz o conceito de paridade de armas no processo penal:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo.⁵²

Comparando os argumentos de Paula Bajer com os, de Welton Roberto, é plausível concluir que há entre os autores, inferências distintas sobre a paridade de armas no processo

⁵⁰ KARAM, Lucia Maria. O direito à Defesa e a Paridade de Armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 402.

⁵¹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 92.

⁵² ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

penal, com apoio em pontos de vistas diversos. Desse modo, para a autora a paridade de armas no processo penal é derivada do princípio da igualdade das partes no plano material, enquanto para o autor decorre do contraditório (*par conditio*) como um princípio na busca pela produção da prova. Entretanto, cabe destacar que a paridade de armas é um princípio do Direito que tem por uns dos objetivos, buscar o equilíbrio entre as partes contrapostas, o que se desdobra no contraditório proativo da defesa que se materializa na investigação criminal defensiva.

É importante frisar que o princípio da paridade de armas é destinado a salvaguardar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, o que impõe aos legisladores e aos juízes um conteúdo impeditivo e prescritivo para não tolher o direito de defesa/garantia dentro do tolerável, além disso, de não tornar a persecução penal injusta e ilegítima, sob o aspecto da vingança.

Na visão de Rogério Lauria Tucci, pela perspectiva de senso de justiça, pela razoabilidade e no enquadramento dos preceitos constitucionais, a equidade de armas reclama um processo penal de partes que deve observar o devido processo legal substancial, “visando à igualdade substancial; vale dizer, de igualdade de situação e de tratamento das partes, ou sujeitos parciais, no processo penal, conferindo-lhes, outrossim, a possibilidade de atuação sem quaisquer restrições”.⁵³

Por esse motivo, possibilita este trabalho, utilizar o termo “equidade de armas”, como sinônimo de “paridade de armas”, sem prejuízo do significado do conceito. Para alicerçar essa inferência, Vicente Ráo traz as três regras fundamentais da concepção jurídica que revestem o conceito moderno de equidade:

1-Por igual modo devem ser tratadas as cousas iguais e desigualmente as desiguais; 2- todos os elementos que concorreram para construir a relação *sub-judice*, coisa, ou, pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influências, devem ser devidamente consideradas; 3- entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade, e de benevolência da justiça: *jus bonum et aequum*.⁵⁴

Daí que, em última análise, a equidade de armas no processo penal decorre das circunstâncias do caso concreto que possibilitam ao juiz de forma prudente e equitativa, aplicar as adaptações para buscar igualar as condições das partes dentro da persecução penal na aplicação da lei material, já que, o Ministério Público e a defesa técnica têm

⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 182.

⁵⁴ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v.1. 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 55-56.

funcionalidades distintas em ônus, garantias e faculdades processuais. Como bem destaca Marcos Alexandre Zilli a necessidade da postura ativa do Estado Juiz para afastar ou anular os desequilíbrios entre os sujeitos conflitantes “ao longo da marcha processual”, na aplicação da lei, para assegurar o equilíbrio de oportunidades.⁵⁵

Deitadas essas balizas, como já delineado, o princípio da paridade de armas não decorre da igualdade. De fato, como leciona Welton Roberto, ele é extraído do princípio do contraditório entre partes.⁵⁶ Embasado nesta perspectiva, é que se reconhece dogmaticamente o princípio da paridade de armas no processo penal para eclosão do justo processo penal no sistema acusatório entre partes equilibradas.

A partir dessa ilação, como espécie de norma jurídica, o princípio da paridade de armas está devidamente positivado no ordenamento jurídico, de forma implícita no art. 5º, LV da Lei Maior: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁵⁷ Dessa maneira, o princípio da paridade de armas pode ser sacado, com o recurso da hermenêutica jurídica, pela regra da cláusula de abertura dos direitos fundamentais do art. 5º, §2º da Carta Política.

Portanto, é possível afirmar que a paridade de armas no processo penal é um princípio constitucional implícito, positivado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que é sacado do contraditório. Além disso, tal princípio jurídico não estabelece um rigor equitativo de direitos, de garantias e de ônus entre as partes no curso da persecução penal, haja vista que são desiguais as funções de acusar e de defender, o que leva a busca de um ponto de equilíbrio como irradiador do justo processo para o acerto da verdade processual.

1.3.1 A aplicação do princípio da paridade de armas pela jurisprudência

Com já firmado, é de observar que há consenso de que o princípio da paridade de armas não se encontra expressamente na Constituição Federal, tampouco na legislação processual penal. Entretanto, esse princípio possui normatividade jurídica, uma vez que ganha relevo e constância quando invocado no esforço teórico ao ser aplicado nos casos concretos na prática jurisprudencial. Com efeito, a jurisprudência dos Tribunais superiores vem reconhecendo a paridade de armas, chamando-o de princípio, direito ou garantia.

⁵⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

⁵⁶ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 98-100.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

A paridade de armas no processo penal foi tratada como um direito da defesa à produção da prova, quando a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus* para deferir a liminar e determinar ao Juízo de primeiro grau que intime os representantes dos estabelecimentos/residências para que preservem as imagens das câmaras de monitoramento em posse de terceiros, bem como forneçam cópia das imagens ao juízo, nos termos solicitados pela defesa.⁵⁸ Em outra oportunidade, a Suprema Corte entendeu a paridade de armas como um princípio, ao decidir que a entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial.⁵⁹ Ainda cabe destacar que a maior instância do Poder Judiciário entendeu a paridade de arma como uma garantia, por unanimidade. Assim, a 2ª Turma da Alta Corte de Justiça deferiu o *habeas corpus*, a fim de anular o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri e determinar que o mesmo seja submetido a novo Júri, determinando, ainda, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não houver de permanecer preso.⁶⁰

⁵⁸ “(HC 166694/SP – SÃO PAULO - Ementa: Habeas corpus. 2. Direito à prova e à paridade de armas. 3. Imagens de câmeras de monitoramento em posse de terceiros. Pedido da defesa indeferido pelo Juízo de origem. 4. Relevância e pertinência. 5. Ordem concedida para garantir que as imagens sejam preservadas e levadas aos autos. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 166694. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 12 fev. 2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+166694%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+166694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y99djpyl>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

⁵⁹ “HC 87567 / SP - Ementa HABEAS CORPUS - PREQUESTIONAMENTO - IMPROPRIEDADE. O fato de, em habeas corpus, o Órgão de origem não haver emitido entendimento sobre certa causa de pedir é desinfluyente considerada a nova impetração. O instituto do prequestionamento diz respeito tão-somente aos recursos de natureza extraordinária. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discricção do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. **Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas.** Precedente: Habeas Corpus nº 83.255-5/SP, por mim relatado perante o Plenário, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de março de 2004”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Primeira Turma. HC 87567. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 jun. 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728221/habeas-corpus-hc-87567-sp>>. Acesso em: 23 mai. 2020. (grifei).

⁶⁰ “HC 71408/RJ – Rio de Janeiro- Ementa JUSTIÇA - PARTÍCIPES - RESPEITO MÚTUO. Advogados, membros do Ministério Público e magistrados devem-se respeito mútuo. A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio e, portanto, de boa-fé. Não há como partir para a presunção do excepcional, porque contrária ao princípio da razoabilidade. JÚRI - ADIAMENTO - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao Estado- juiz cumpre a prática de atos viabilizadores do exercício pleno do direito de defesa. O pleito de adiamento de uma Sessão, especialmente do Tribunal de Júri, no que das mais desgastantes, deve ser tomado com espírito de compreensão. JÚRI - AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - CONSEQÜÊNCIAS. Ausente o advogado por motivo socialmente aceitável, incumbe ao presidente do Tribunal do Júri adiar o julgamento. Injustificada a falta, compete-lhe, em primeiro lugar, ensinar ao acusado a constituição de um novo causídico, o que lhe é garantido por princípio constitucional implícito. Somente na

Por fim, ainda é importante frisar que a Suprema Corte reconhece que a paridade de armas é princípio que tem natureza constitucional. Por ser um princípio, ele tem sua carga axiológica e seu peso na dogmática quando aplicado nos casos concretos.

1.4 O princípio de não produzir provas contra si mesmo na perspectiva da paridade de armas na persecução penal

Em um modelo de persecução penal acusatório, o imputado tem a garantia de não produzir provas que o possam incriminar, tampouco cooperar com os órgãos de oficiais do Estado investigação e com o juiz de direito. Essa garantia é extraída do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual significa que “ninguém é obrigado a se descobrir”, como uma garantia constitucional inequívoca da manifestação do direito ao silêncio que assegura a qualquer pessoa não sofrer prejuízos jurídicos por não colaborar produzindo provas contra si mesmo.⁶¹

Maria Elizabeth Queijo faz a observação de que o direito de não se autoincriminar está diretamente relacionado com outras garantias constitucionais, tais como: a ampla defesa, a presunção de inocência e a intangibilidade de invasão corporal e o respeito à dignidade humana etc:

O *nemo tenetur se detegere*, encartado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete-se ainda em outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes.⁶²

Dessa maneira, a proteção ao silêncio traz como desdobramento o direito do imputado de não colaborar com a verdade na persecução penal, já que ninguém poderá ser

hipótese de silêncio do interessado que, para tanto, há de ser pessoalmente intimado, cabe a designação de defensor dativo. Inteligência dos artigos n.ºs 261, 448, 449, 450, 451 e 452 do Código de Processo Penal, à luz da Carta da República, no que homenagem ante do direito de defesa, da paridade de armas, alfim, do devido processo legal. Júri realizado com o atropelo de garantias asseguradas à defesa e, por isso mesmo, merecedor da pecha de nulo. (Julgamento: 16/08/1999, Órgão Julgador: Segunda Turma)”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 71408. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 16 ago. 1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+71408%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wpv6ojl>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

⁶¹ Assim escreve Rogério Lauria Tucci: “O direito de permanecer calado, encartado entre os fundamentais do indivíduo, e que se tem, como tal, afirmado desde a 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana, de 1791, segundo a qual ‘ninguém poderá ser constringido a depor contra si próprio’, é, como tantas outras, importante inovação de nosso ordenamento jurídico, e em nível constitucional. Suas raízes, entretanto, remontam a vários séculos passados, com mais amplo desenvolvimento no *ius commune* e no processo penal canônico, em que se assentava no regramento ‘*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur degere turpitudinem sua*’ (em vernáculo: ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se)”. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 391-392.

⁶² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

constringido a produzir provas contra si mesmo e, apesar disso, não sofrer qualquer prejuízo jurídico no curso da persecução penal, com já afirmado.

Nesta ótica, como explica Luigi Ferrajoli, “o princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês”.⁶³ A partir dessa premissa, resultam como corolários: a proibição à tortura, a proibição de arrancar a confissão pela manipulação da psique com o uso de drogas ou hipnose, a faculdade do imputado em responder o falso, o direito do imputado de ser assistido por advogado no interrogatório para evitar abusos ou violações das garantias processuais. Portanto, nessa perspectiva o princípio *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental de autodefesa negativa, como leciona Maria Elizabeth Queijo:

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.⁶⁴

No que toca à fonte legislativa interna, o princípio *nemo tenetur se detegere* é derivado do direito constitucional ao silêncio, o qual é o direito subjetivo de permanecer calado, previsto na Constitucional no art. 5º, LXIII, (preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado ...) o que é aplicado em qualquer fase da persecução penal. Já no âmbito internacional, o direito ao silêncio aplica-se a qualquer pessoa, conforme expresso no art. 8.2.g, do Pacto de San José da Costa Rica (direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada).⁶⁵

Daí que surge a alteração do art. 186 do Código de Processo Penal, que interpretado sistematicamente como o art. 6º, V,⁶⁶ do mesmo diploma legal, impõe a autoridade judicial ou a policial advertir o imputado de que ele não está obrigado e constrangido a responder as perguntas que lhes foram feitas durante a oitiva em procedimento pré-processual ou no interrogatório na fase judicial da persecução penal.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 560.

⁶⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

⁶⁵ BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁶⁶ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

A garantia constitucional do direito ao silêncio decorre de que o imputado não é mais um mero objeto da persecução penal, mas um sujeito de direitos. Dessa maneira, o imputado pode se valer da sua defesa negativa, ocultar informações, para não colaborar com a autoridade investigatória estatal na produção de provas que o possam incriminar. Diante disso, a investigação criminal defensiva não está obrigada a desvendar fatos, mas a captar elementos informativos e provas que possam favorecer na defesa do imputado.⁶⁷

Neste ponto, surge o questionamento: o princípio *nemo tenetur se detegere* estaria em colisão com o princípio da paridade de armas no processo penal, já que os órgãos de investigação do Estado devem comportar-se pela boa-fé e ética no curso da persecução penal para produzir provas, já que as ilícitas, não são admitidas no processo?

Para enfrentar esse problema, percebe-se que há, em tese, colisão de princípios constitucionais. De um lado estão o direito ao silêncio, à liberdade, à presunção de inocência e, do outro, ao direito da boa-fé processual, da busca pela “verdade real”. Em regra, tem prevalecido o princípio da autodefesa negativa, uma vez que o imputado não está obrigado a colaborar com a investigação policial. Por outro, a jurisprudência dos Tribunais tem posto limites ao princípio da autodefesa com fulcro nos princípios da legalidade e da proporcionalidade,⁶⁸ no caso concreto, para definir quando o imputado está obrigado a colaborar, mesmo contra vontade própria, na produção de provas, mesmo que elas possam o incriminar.

Com efeito, os Tribunais Superiores tem afastado o princípio *nemo tenetur se detegere* para não alcança a autodefesa, quando o conduzido, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, apresenta documentos falsos com o objetivo de burlar a sua identificação para se eximir da responsabilidade penal, o que configura o crime de falsa identidade, conforme Súmula n. 522 do Superior Tribunal de

⁶⁷ “o conteúdo do *nemo tenetur se detegere* envolve os direitos imputado de: (1) silêncio ou permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; (3) inexigibilidade de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5) não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas, a exemplo do exame da saliva deixada em copo para verificação de DNA) Como se infere, o princípio *nemo tenetur se detegere* tem incidência específica relativamente ao mérito do interrogatório, das declarações ou do depoimento, haja vista que o indiciado, conduzido, réu, declarante e testemunhas têm o dever de informar seu nome, seu endereço e demais dados de sua qualificação, não sendo aplicável no ponto o direito ao silêncio”. Conforme: Távora, NESTOR; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 97.

⁶⁸ “A proporcionalidade concretiza a ponderação de princípios ou interesses constitucionais em conflito no modelo de um Estado que centraliza os direitos fundamentais na sua ordem jurídica. A dignidade humana consubstancia-se do núcleo essencial desses direitos e é parâmetro, portanto, na avaliação do peso dos princípios em jogo. Ademais, agrega-se à dignidade humana o atributo de unificar o catálogo previsto no art. 5º da Carta Política. O devido processo legal é parte essencial e integrante desse rol, mas representa apenas uma faceta dele”. D’Urso, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 63.

Justiça: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Quanto à garantia constitucional de não participação voluntária do imputado nas intervenções corporais invasivas, justificam-se quando houver sério risco de fundada violações de direitos fundamentais, que atentem riscos à saúde, à integridade física, que possam gerar sofrimentos e dor. Entretanto, é possível que houver a razoabilidade e desde que, esteja previsto em lei ou mediante ordem judicial.⁶⁹

Para Eugênio Pacelli “o direito ao silêncio configura-se como exigência lógica do princípio da inocência e tem por consequência a atribuição de todos os ônus probatórios para a acusação”.⁷⁰ Neste contexto, o imputado não pode ser coagido para participar de reconstituições, acareações, e, em regra, não sofrer intervenções corporais, sem o seu consentimento para a produção da prova. Diante disso, o princípio *nemo tenetur se detegere* entra em rota de colisão com o princípio da busca da verdade dos fatos e da boa-fé probatória, o que vai mitigar o poder punitivo do Estado, da certeza no processo penal e instrutório do juiz, em certos casos.

O ponto relevante, em torno do princípio *nemo tenetur se detegere*, é sobre as intervenções corporais no imputado,⁷¹ que são diligências probatórias antecipadas, por serem irrepetíveis, em certos casos, com a finalidade de obtenção de elementos probatórios no âmbito da persecução penal, como fornecer material genético para os exames de DNA, realizar testes de bafômetro, fornecimento de padrões gráficos, por exemplo. Nesse sentido, Eugênio Pacelli observa a extensão quanto ao direito fundamental de permanecer calado:

⁶⁹ As intervenções corporais podem ser classificadas como consentidas (voluntárias) e não consentidas (coativas); invasivas e não invasivas, sendo as primeiras pressupõem penetração nos organismos, por instrumentos ou substâncias, cavidades naturais ou não, como exemplo exames de sangue, endoscopia, e, as segunda, não provocam a penetração no organismo, embora tenha como objeto de prova o corpo humano, por exemplo, radiografias, identificação datiloscópica e revistas pessoais. Ainda quantos aos requisitos de legitimação, destacam-se a existência de lei prevendo a medida, a decisão judicial e a aplicação do princípio da proporcionalidade. Quanto aos requisitos para a execução, as intervenções corporais não podem gerar riscos à saúde, tampouco dor e sofrimento, respeitar a dignidade humana e ser realizadas por profissionais habilitados. Em aperto de síntese, conforme: NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 15-23.

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 170.

⁷¹ “Nos Estados Unidos e em praticamente toda a Europa são permitidas determinadas ingerências corporais, variando apenas a necessidade de previsão legal e/ou de ordem de autoridade judiciária. Na Alemanha. O art. 81 do StPO autoriza expressamente a extração de sangue para teste de alcoolemia, dispensando ordem judicial e exigindo a presença de um médico. Na Espanha, o Tribunal Constitucional permite também determinadas intervenções corporais, como anota RUIZ, em coletânea de jurisprudência daquela Corte, cuidado de fazer a necessária distinção entre prova pericial – técnica-da prova obtida pelo depoimento, de modo a apontar a possibilidade de se submeter a intervenção corporal ao contraditório, e, assim, ao controle judicial”. Conforme, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 176.

Não há direito subjetivo algum a não fazer prova contra si mesmo. Há direito, sim, em não ser coercitivamente compelido a produzir determinadas provas, em razão do risco de violência e de danos aí implícitos. Mas, e pelo contrário, haverá dever de submissão a algumas intervenções legalmente previstas, quando delas não se puder deduzir qualquer risco à pessoa. Dever esse cujo descumprimento haverá de gerar encargos previsto em lei, mas não a certeza para a condenação (pela recusa).⁷²

Por isso, para enfrentar essa questão, é preciso demarcar o alcance do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual está atrelado aos modelos de persecução penal. Além disso, pela busca da “verdade real” no processo penal deve ser regrada pela legalidade e ética, que não há direitos fundamentais absolutos assegurados pela Carta Política de 1988, porquanto há outros direitos fundamentais envolvidos que podem entrar em rota de colisão com o direito ao de não produzir provas contra si mesmo. Entretanto, cabe fazer uma observação que, segundo Norberto Bobbio, apenas o direito de não ser escravizado e de não ser torturado estariam entre os direitos fundamentais absolutos que não cabem qualquer ponderação.⁷³

Sob o enfoque pragmático, Antônio Magalhães Gomes Filho sustenta que o imputado não pode ser compelido as intervenções corporais, pois ninguém pode se autodeclarar culpado e fornecer provas contra si mesmo:

Mas, o que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo.⁷⁴

No que tange ao princípio da paridade de armas possui, obviamente, potencialidades diversas no processo civil e no processo penal, em que, no primeiro é possível plenamente entre autor e réu. Por outro lado, é preciso levar em consideração as diversidades institucionais e substanciais entre o Ministério Público e o imputado, com base no princípio da adequação ao tipo de processo e à natureza do interesse (público ou privado) perseguido pelas partes contrapostas.⁷⁵

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 184.

⁷³ “Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. reim. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 15.

⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

⁷⁵ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22-23.

Portanto, o princípio *nemo tenetur se detegere*, inexigibilidade de autoincriminação, não desnatura o princípio da paridade de armas no processo penal, já que a persecução no sistema garantista processual acusatório é esquematizado para excluir a colaboração do imputado com a acusação pelo princípio da estrita legalidade do devido processo legal, mesmo assim não causa o desequilíbrio de partes. Na verdade, não há a vedação de colaboração voluntária do imputado para a investigação criminal ou perante a instrução probatória. Desse modo, o imputado poderá colaborar de vontade própria com a justiça penal, porém, caso não queira, não poderá ser coagido ou induzido a produzir provas que venham a contribuir com sua culpabilidade e condenação, em homenagem ao princípio da autodefesa,

Neste diapasão, Antonio Magalhaes Gomes Filho expõe que as partes na persecução penal são tratadas de formas diferentes para se compensarem nas prerrogativas de suas funções, uma vez que o aparato estatal repressor está à disposição da acusação, o que, em certa medida, pode causar um desequilíbrio:

Daí a previsão, tanto nos diversos ordenamentos como nos textos internacionais, de certas vantagens à defesa no processo penal, que não configuram indevida distinção, mas, ao contrário, favorecem um equilíbrio global que não desnatura a paridade de armas que decorre do contraditório.⁷⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, Antonio Scarance Fernandes sustenta que a acusação e a defesa técnica no processo penal têm os mesmos ônus, deveres e direitos. Entretanto, em determinadas situações é justificável o tratamento desigual para compensar as desigualdades entre as partes antagônicas, sem que com isso haja quebra na igualdade paritária no processo penal:

Quando se afirma que as duas partes devem ter tratamento paritário isso não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar-se a uma delas tratamento especial da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. O tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por alguns princípios relevantes: *in dubio pro reo, favor rei*.⁷⁷

Como já sustentado nesta pesquisa, a paridade de armas ou a equidade de armas no processo penal é um princípio constitucional extraído do contraditório. Por outro lado, embora o princípio da paridade de armas no processo penal seja dirigido à acusação e à defesa, ele não está atrelado com exclusividade às partes antagônicas. Por esse prisma, a participação de produção da prova é distribuída pelas chances do processo na relação entre acusação e defesa

⁷⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

com a finalidade de atingir verdade, mas o *parquet* está sujeito à lealdade processual e à vedação da produção de provas ilícitas, sem que isso cause desequilíbrio no devido processo legal. Assim, são os argumentos de Renato Stanzola Vieira: “Ela não depende da chamada estrutura cooperatória do processo, que é estranha à concepção de processo penal como sequência de situações processuais em cada um dos envolvidos aproveita as chances disponíveis, sob pena de não se atingir decisão favorável”.⁷⁸

O princípio *nemo tenetur se detegere* é um corolário do devido processo legal que vai, em tese, legitimar o poder jurisdicional do Estado, dentro de uma visão ética do processo penal. Com efeito, o Estado não pode violar direitos fundamentais do imputado para justificar a punibilidade. Chega-se então à conclusão de que inexistindo direitos absolutos, em regra, o princípio *nemo tenetur se detegere* por ser relativizado, como qualquer outro princípio, a partir da ponderação dos direitos fundamentais para a colaboração por vontade própria do imputado pela realização da prova, sem que isso possa anular o princípio da paridade de armas no processo penal.

1.5 A investigação criminal pelo Ministério Público por autoridade própria

Neste tópico, será abordado o poder de investigação direta pelo Ministério Público à luz da doutrina e da jurisprudência, mas com enfoque na equidade de armas na persecução penal. Para o enfrentamento deste tema, a pesquisa se baseia em argumentos doutrinários favoráveis e contrários, além da decisão do Supremo Tribunal Federal que delineou a participação do *parquet* na investigação criminal com produção da prova por autoridade própria.

A Carta Política de 1988 ampliou significativamente as atribuições do Ministério Público, conferindo-lhe poderes para defender a sociedade, promover o inquérito civil e ajuizar a ação civil pública, por exemplo. Esse fortalecimento da Instituição, que lhe proporcionou autonomia e independência funcional, fez com que os Promotores de Justiça no âmbito da justiça estadual e os Procuradores de Justiça, no federal, passassem a instaurar procedimentos investigatórios próprios e produzir prova por autoridade própria, com a finalidade de formar a *opinio delicti*.⁷⁹

⁷⁸ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 210.

⁷⁹ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do Devido Processo Legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 228. No âmbito do direito comparado: “A maioria dos países europeus migrou do sistema de juiz instrutor para o sistema em que o *Parquet* preside as investigações, como sucedeu na Alemanha, no ano de 1974, na Itália, em 1988, e em Portugal, em 1995. O movimento pela adoção do *promotor*

É relevante frisar que o Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127 da Constituição Federal. Diante disso, o *parquet* é parte na relação processual no sentido material, *legitimatío ad causam*, e no sentido instrumental, *custo legis*, o que significa que a Justiça Pública não está atrelada única e exclusivamente como parte acusadora na persecução penal.⁸⁰ São por essas razões que se não houver provas seguras contra o imputado, cabe ao Promotor de Justiça postular pela absolvição do réu como medida de justiça.

Neste contexto surgem duas correntes doutrinárias antagônicas em torno da produção da prova diretamente pelos membros do Ministério Público. A corrente que nega esse poder do *parquet* se apega ao art. 144 da Constituição Federal, o qual prevê que os atos de investigação criminal estariam a cargo da Polícia Judiciária (Polícias Federal e Civil), além de que cabe ao Ministério Público o controle externo da atuação das Polícias. Dessa maneira, quando promover a *persecutio criminis in judicio*, que é ajuizar a ação penal e acompanhá-la até a decisão final, o membro do *Parquet* estaria afastado dos indícios, elementos colhidos no caderno investigatório, que formou sua *opinio delicti*. Esse é o entendimento de Rogério Lauria Tucci:

E isso vale dizer, sem receio de equívoco, que a cada um desses importantes órgãos estatais, é conferida diversificada (e bem distinta uma da outra) atribuição: à autoridade policial, integrante da Polícia Judiciária, incumbe *investigar*, perquirindo, mediante atividade substancialmente inquisitória, os elementos hábeis à comprovação da prática de infração penal, e respectiva autoria; e ao membro do Ministério Público, devidamente deles inteirado, e formada a *opinio delicti*, promover a acusação instrumentalizada numa peça processual denominada, legal e tecnicamente, *denúncia*.⁸¹

investigador na Europa não foi motivado pela maior eficiência desse modelo em relação ao Juízo de Instrução ou à exclusividade da investigação pela Polícia Judiciária, mas sim pela necessidade de afastar o magistrado das funções de investigar e acusar, adequando a nova sistemática à tradição daqueles países de concentrarem atribuições nas mãos do Poder Executivo central, já que seus Ministérios Públicos, na maioria dos casos, estão vinculados aos Ministérios do Interior ou da Justiça e os órgão policiais nem sempre, além destes últimos não serem obrigatoriamente dirigidos por agentes públicos com formação jurídica”. Nestes termos: COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 51.

⁸⁰ RANGEL. Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a decisão recente do STF: junho de 2021. São Paulo: atlas, 2012, p. 165.

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38-39. Com mesmo pensamento, Guilherme de Souza Nucci: “Embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assumira a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia - federal e civil- para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome *polícia judiciária* – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144)”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 81.

Entretanto, em sentido contrário, há o argumento majoritário de que a polícia Judiciária não tem a exclusividade de investigação criminal, já que outras autoridades administrativas podem proceder processos administrativos de caráter investigatórios, previstos em lei, como explica José Frederico Marques:

Além da polícia Judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo art 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal. É o que se verifica com as Comissões parlamentares de inquérito. As investigações por elas efetuadas podem ser remetidas ao juízo competente para conhecer dos fatos delituosos ali apurados, ou ao Ministério Público, a fim de ser instaurada a instância penal.⁸²

Assistem razão a esses argumentos, posto que a investigação criminal é gênero, da qual há várias espécies, dentre elas, Comissões Parlamentares de Inquérito, Agências Reguladoras, Receita Federal, as quais têm seus procedimentos administrativos investigatórios próprios, dentre elas a conduzida pelo Ministério Público. Portanto, não há monopólio da polícia judiciária para realizar investigações criminais, haja vista que outras autoridades, conforme previsão legal, podem presidir investigações criminais, por exemplo, quando um juiz de direito é investigado pela prática de um delito.⁸³

Outra fundamentação da doutrina favorável à investigação direta pelo Ministério Público sustenta a sua tese na teoria dos poderes implícitos decorrente da ação penal pública, contidos no art. 129, I, da Constituição que conferiu a titularidade da ação penal. Esse é o argumento sustentado por Paulo Rangel: “*Quem pode o mais pode o menos.*” Ora, se pode e deve o Ministério Público promover a ação penal pública, como muito mais razão pode e deve colher, direta e pessoalmente, as provas necessárias para a propositura da mesma ação”.⁸⁴

Percebe-se que a doutrina dominante sempre defendeu a investigação criminal direta do Ministério público como um desdobramento lógico da função da titularidade da ação penal, o que lhe permite a possibilidade de colher os elementos informativos e as provas, por autoridade própria, no curso da persecução penal.

⁸² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. V.2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 138. Esses também são os argumentos de Julio Fabbrini Mirabete: “Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia da judiciária, ressalvando-se expressamente a atribuição concedida a outras autoridades administrativas. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 1997, p. 37.

⁸³ “art. 33. (...) Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”. BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁸⁴ RANGEL. Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a decisão recente do STF: junho de 2021. São Paulo: atlas, 2012, p. 165.

Em sentido contrário Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner entendem que a investigação direta pelo Ministério Público causa um desequilíbrio entre a acusação e a defesa na persecução penal:

Atribuir ao MP a direção da investigação preliminar significa dizer que a fase pré-processual não servirá para preparar o processo, informando à acusação, à defesa e também ao juiz, mas que será uma via de mão única: serve somente para a acusação. A defesa também deverá diligenciar por si mesma, buscando e recolhendo elementos para convencer o juiz da improcedência da acusação. Se no plano teórico isso seria inconcebível, no plano prático é absolutamente impossível, ainda mais se levarmos em consideração que, no Brasil, a maioria dos imputados é pobre, sem condições de contratar os serviços de um advogado e muito menos uma equipe capaz de diligenciar de forma independente.⁸⁵

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o Ministério Público, por autoridade própria, pode realizar atos investigatórios diretamente, conforme Recurso Especial nº 593.727/MG.⁸⁶ Entretanto, essa legitimidade de investigação deve respeitar, em todos os casos, os direitos e as garantias fundamentais dos imputados, além de observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição. Destaque-se ainda que devam ser resguardadas as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados na defesa do imputado, tais como o acesso aos elementos informativos e das provas, já documentado no inquérito policial.

Após essa decisão da Suprema Corte, a investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público foi disciplinada pela Resolução nº 181/2017,⁸⁷ editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a qual tem natureza de ato administrativo normativo. Esse documento estabelece a independência funcional do Promotor de Justiça na condução das investigações criminais. Além disso, fixa uma série de normativas acerca dos atos

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165. No mesmo sentido é a posição de Adauto Suannes: “tais procedimentos investigativos não chegam a ter, necessariamente, sequer objeto específico, já que podem acabar sendo instaurados para investigar generalidade, focalizando pessoas, em vez de fatos, facilitando e eternizando uma espécie de chantagem jurídica, a exemplo do que se fazia na ditadura”. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do Devido Processo Legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 232.

⁸⁶ “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado Democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição. [Tese definida no RE 593.727, rel. min. Cezar Peluso, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 14-5-2015, DJE 175 de 8-9-2015, Tema 184.]”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em 15 mar.2021.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em: em 15 mar. 2021.

investigatórios e das diligências, as quais não obedecem a uma sequência lógica procedimental, da mesma do inquérito policial.

Apontadas essas nuances, portanto, se o Ministério Público tem o poder legítimo para requisitar diretamente a autoridade policial às diligências necessárias, bem como colher os elementos de provas, por autoridade própria, para formar a *opinio delicti*, com a finalidade de promover a defesa do *jus puniendi* estatal. Então, pelo princípio da equidade de armas no processo penal, a defesa técnica deve ter os mesmos poderes investigatórios, como garantia constitucional do direito à prova, a qual se materializa na investigação criminal defensiva.

Portanto, a paridade de armas no processo penal, enquanto princípio, extraído do contraditório, vai proporcionar à defesa técnica reagir ativamente, produzindo diretamente elementos informativos e provas que sejam favoráveis ao imputado no curso da persecução criminal para formar as teses defensivas, o que é razoável no processo de partes contrapostas.

1.6 O justo processo penal em paridade de armas

Na visão do autor processualista italiano Paolo Ferrua, o justo processo ultrapassa o senso da justiça e do mero rito do devido processo legal, já que as partes na *persecutio criminis* terão a equidade de armas na formação da prova e não apenas ao procedimento formal, o que pode levar às injustiças: “A injustiça de um procedimento é muito mais prejudicial do que a injustiça de uma decisão, pela simples razão de que uma tem caráter duradouro, ela se repete com impacto sistemático, a outra é apenas um evento único, um fato ocasional”.⁸⁸ (Tradução livre).

Por seu turno, o *due process of law* é um conjunto de garantias constitucionais do processo, as quais tutelam os direitos processuais das partes em litígio, o que deu ao processo judicial uma configuração “não apenas técnica, mas também ético política”.⁸⁹ Percebe-se que, por essa linha de raciocínio, o Estado passa a tutelar a administração da justiça penal como uma função de *poder-dever* de, ao aplicar lei penal, se abster do abuso das autoridades processantes e, ao mesmo tempo, estabelecer os limites no campo procedimental para a realização do Direito Penal material para a aplicação da pena.

⁸⁸ FERRUA, Paolo. **II giusto processo**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 87. “L’ingiustizia di una procedura è molto più dannosa che l’ingiustizia di una decisione, per la semplice ragione che l’una há carattere durevole, si reitera con impatto sistematico, l’altra è soltanto un evento singolo, un fatto occasionale”.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Julgamento antecipado da lide direito ao processo. In o processo e sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 137.

Rogério Lauria Tucci, em estudo no campo entre o poder-dever de punir do Estado e o respeito à liberdade, observa que é necessário a perfeita harmonia entre esses dois interesses conflitantes para a estabilização social:

O poder-dever de punir encontra-se, sempre, estritamente relacionado com a realização do bem comum, que se traduz, em sua mais simples expressão, no convívio dos indivíduos, membros da comunhão social, em paz e liberdade. O respeito à *liberdade*, destarte, integra a própria essencialidade do *poder-dever de punir*, que se faz exclusivo do Estado justamente por dever ser ele o guardião-mor das garantias individuais.⁹⁰

Objetivando essa harmonização, a persecução penal se sustenta em princípios constitucionais garantistas, dentre eles, o contraditório na produção da prova, a ampla defesa, o de não produzir prova contra si mesmo e a paridade de armas, por exemplo. Como já frisado, essa gama de princípios se combina para formar o contorno da investigação defensiva, enquanto direito fundamental do imputado na produção direta da prova.

Assim, o justo processo, segundo Paolo Ferrua, parte do pressuposto de que o direito de defesa é inalienável, inviolável e inderrogável. Neste contexto, para uma justa persecução penal, faz necessário o contraditório proativo, o qual vai assegurar a equidade de armas como instrumento em torno do qual, fará o equilíbrio das partes no denominado justo processo: “Dessas garantias, a mais complexa e também a mais ameaçada - pelos mal-entendidos de que é objeto - é a contraditória, cuja essência reside no direito das partes falarem, em igualdade de condições, sobre qualquer assunto relevante para a decisão”.⁹¹ (Tradução livre).

Com a mesma linha de raciocínio, Paolo Tonini afirma que “o justo processo refere-se a um conceito ideal de justiça que preexiste em relação à lei e que está intimamente relacionado aos direitos invioláveis de todas as pessoas envolvidas no processo, direitos que o Estado reconhece no art. 2 da Constituição italiana”.⁹²

Ainda cabe destacar que Paolo Ferrua defende que o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova, como acerto da verdade, de natureza material. A partir dessa base teórica, abre-se a possibilidade de a defesa técnica realizar atividades investigativas em contraposição aos órgãos de persecução estatal, que seria, para o autor, um modelo ideal de persecução criminal:

⁹⁰ TUCCI, Rogério Lauria [et al.] **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 36.

⁹¹ “Di queste garanzie, la più complessa e anche la più minacciata – per i fraintendimenti di cui è oggetto – è il contraddittorio, la cui essenza sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, su ogni tema rilevante per la decisione”. In: PAOLO FERRUA – **Il giudizio penale: fatto e valore giuridico**, in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005. p. 286. *Apud*, ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 92-93.

⁹² TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

Com a expressão “processo justo” se pode indicar tanto um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históricas, quanto as descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas que a esta ou a outras fórmulas se lembre: o *fair trial e o due process of law* da tradição anglo-americana, o *procès équitable* da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, enfim, o *giusto processo* nos termos do artigo 111 Constituição italiana.⁹³

É por essa razão que a investigação criminal defensiva na legislação processual italiana atribui ao advogado um direito-dever de buscar por indícios e provas técnicas, que possam ser favoráveis ao imputado, em nome do princípio *nemo tenetur se detegere*. Neste contexto, segundo André Augusto Mendes Machado:

Hoje a investigação defensiva, além de ser tema bastante estudado pela doutrina italiana, vem sendo cada vez mais utilizada pelos defensores para buscar elementos de prova favoráveis aos assistidos. Prova disso é que existe portal jurídico italiano específico sobre a investigação defensiva, cujo endereço virtual é ‘www.indaginidifensive.it’. Em tal site, constam obras doutrinárias e julgados relacionados à investigação defensiva, bem como modelos dos principais atos que podem ser executados ao longo deste procedimento.⁹⁴

Desse modo, o advogado, no sistema penal italiano, não é simples espectador passivo da atividade investigatória. Ele tem um papel fundamental nas investigações, uma vez que buscará elementos probatórios que serão levados ao processo para que o estado juiz possa formar o seu livre convencimento na apreciação das provas. É neste contexto que se desenvolve a investigação criminal defensiva, para o enfrentamento em paridade de armas com os órgãos de persecução de Estado, que leva à quebra de paradigma de que a defesa técnica desempenha apenas um papel coadjuvante no curso da *persecutio criminis*.

Segundo Paolo Tonini, o Código de Processo Penal italiano de 1988 acolheu o direito à prova, uma vez que o imputado deve ser informado sobre os motivos e a natureza da infração penal, com a finalidade de garantir a credibilidade das fontes de provas. Neste contexto, resguarda o direito à reação defensiva na busca dos meios de provas, porquanto que “o instituto que expressa de modo mais cristalino a filosofia do sistema acusatório é exame cruzado, em que são distribuídos os poderes de iniciativa conferidos às partes e poderes de controle atribuídos ao juiz”.⁹⁵

⁹³ FERRUA, Paolo. **Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>>. Acesso em: 10 de jun. 2019.

⁹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

⁹⁵ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

Nos Estados Unidos, é plenamente aceita a realização de atos investigatórios na seara penal pela defesa técnica com a finalidade de coletar elementos probatórios favoráveis ao imputado. Já a legislação processual penal italiana prescreve a obrigatoriedade da defesa técnica desde as investigações preliminares, com a finalidade de se constituírem, em tese, o equilíbrio de atuação entre os órgãos de repressão criminal e a da defesa técnica. Sendo assim, com a Lei nº 479, de 1999 houve a regulamentação da investigação criminal defensiva e a Lei nº 397, de 2000, fez a sua estruturação.⁹⁶ Dessa maneira, o direito de defesa na fase investigativa não fica limitado às investigações, mas também ao procedimento, o que se aproxima de uma situação ideal à paridade de armas no processo penal.

Desse modo, a investigação criminal defensiva no modelo de persecução italiano pode ser prospectivo ou preventivo. O primeiro dá-se com a apresentação do inquérito defensivo com os elementos de provas recolhidos pela defesa técnica do imputado, quando ocorrer uma decisão judicial que dependa da interveniência das partes, enquanto o segundo, a defesa faz o depósito do caderno de investigação em juízo. Percebe-se, portanto, que é possível que a defesa técnica já pode se antecipar em busca de elementos informativos e provas, antes mesmo da *notitia criminis*.⁹⁷ Esse estudo sobre o direito comparado será desenvolvido com maior profundidade no quarto capítulo.

Portanto, com essas bases teóricas desenvolvidas neste capítulo, é possível a positivação e a concretização da investigação criminal defensiva no sistema de persecução criminal brasileiro? Partindo dessa hipótese, a pesquisa, nos próximos capítulos, vai se desenvolver com sustentação em argumentos doutrinários e precedentes jurisprudenciais acerca da possibilidade do exercício do direito de defesa com a produção direta da prova, desde o inquérito policial, como direito fundamental à prova, em paridade de armas para o justo processo.

⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.86.

⁹⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 230.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA

2.1 Inquérito policial: a influência das políticas de Estado na sua conceituação

Todo conceito se prende a uma palavra, mas nem toda palavra expressa um conceito jurídico. Os conceitos jurídicos contêm uma exigência concreta de generalização, mas ao mesmo tempo podem ser polissêmicos. Além disso, a investigação de um conceito não pode ser conduzida exclusivamente através da lexicografia, ou seja, restringindo-se aos significados das palavras, entretanto, há outros elementos de conteúdo ideológico, político e social.

A partir da noção da “história dos conceitos”, pode-se compreender de que maneira o tema “inquérito policial” está relacionado com as políticas de Estado em determinado quadrante histórico. Portanto, esse tópico se debruça sobre a compreensão das palavras “escrito, secreto e não contraditório” que fazem parte do conceito do caderno investigativo desde sua gênese no processo penal brasileiro. Neste contexto, seguindo as explicações de Reinhart Koselleck sobre “a história dos conceitos” vê-se que é, antes de tudo, um método especializado da crítica de fontes, que atenta para o emprego de termos relevantes e das expressões fundamentais de conteúdo do ponto vista social e político. Trazendo essa proposta para os conceitos jurídicos, fica claro que uma análise histórica em torno do inquérito policial deve remeter não apenas a história desse instituto jurídico, mas, também, aos dados da história social e da política em um determinado contexto, uma vez que toda semântica se relaciona a conteúdos que ultrapassam a dimensão linguística.⁹⁸

Ainda que o inquérito policial não possua uma “história de longa duração”, entretanto, esse ponto vai buscar estudar o inquérito policial em torno da compreensão das palavras “escrito”, “secreto” e “não contraditório”, que fazem parte de seu conceito doutrinário clássico e majoritário. Isso se dá notadamente por sentir as influências das políticas de Estado na persecução penal, que refletem de tal modo no conceito do inquérito. Portanto, a etimologia do termo “inquérito policial” não basta para descrever o seu processo de conceituação doutrinária ao longo da história no processo penal.

Embora o termo “inquérito policial” tenha surgido em 1871,⁹⁹ os discursos sobre ele foram construídos a partir de práticas doutrinárias sedimentadas por décadas, que

⁹⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuições à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006, p. 103.

⁹⁹ “O Inquérito Policial surgiu, no Brasil, mediante a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1.871, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824, de 22 de novembro de 1.871, definido no artigo 42. O Inquérito policial consiste em todas

retrocedem ao ano de 1917, com as lições de Galdino Siqueira, como uma peça informativa e acautelatória. Essa visão doutrinária teve eco em vários outros autores, por exemplos, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Eduardo Espíndola Filho.¹⁰⁰

Assim, é possível, pelo método da “história dos conceitos”, superar o círculo vicioso da palavra e das vertentes ideológicas que se cristalizam nos conceitos.¹⁰¹ Por esta razão, o estudo sobre o inquérito policial contém, em si mesmo, uma experiência acumulada, formada pela doutrina e utilizada pelos Tribunais, da mesma forma, expectativas futuras, relativas às finalidades esperadas, as quais vêm sendo desenvolvidas pelas Ciências Criminais. Porém, não é possível traçar um futuro prévio, mesmo criando expectativas, já que o conceito de inquérito policial não pode ser entendido no modelo de persecução penal, como algo inalterável e infalível, uma vez que, como uma hipótese defendida neste trabalho, está atrelado ao modelo das decisões das políticas de Estado e das políticas criminais. Desse modo, Koselleck orienta acerca da investigação no campo dos conceitos que as palavras ganham significados diferentes com a evolução do tempo, passaram a se ajustar à nova realidade e se projetam para o futuro:

A investigação do campo semântico de cada um dos conceitos principais revela um ponto de vista polêmico orientado para o presente, assim como um componente de planejamento futuro, ao lado de determinados elementos de longa duração da constituição social e originários do passado.¹⁰²

Em vista disso, ao longo deste capítulo, será dado destaque a quatro momentos temporais distintos, relacionados aos períodos do Império, Estado Novo, pós-Constituição de 1988 e uma perspectiva de futuro, com a finalidade de perquirir se o conceito de inquérito policial sofre influências das políticas de Estado na sua conceituação, que refletem no contraditório e na ampla defesa. Quais vocábulos estão incluídos na expressão “inquérito policial” para que ele se torne um conceito?: “procedimento administrativo, secreto, escrito, não contraditório”, citando os mais recorrentes.

Os conceitos são, portanto, um conjunto de vocábulos, os quais concentram uma multiplicidade de significados. Partindo dessa premissa, é possível superar o círculo vicioso

as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”. In: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920, p. 229.

¹⁰⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995, p. 18-19.

¹⁰¹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuições à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006, p. 110-111.

¹⁰² KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuições à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006, p. 101.

em torno do conceito de “inquérito policial” com as restrições ao contraditório e a ampla defesa, com resultante da estruturação do sistema de persecução penal misto?

A utilização da historicização dos conceitos está na possibilidade de compreender, diacronicamente, de que modo duas categorias – experiência e expectativa – as quais se fundem, dando formas àqueles (os conceitos). Destarte, a história conceitual é um instrumento de análise de permanências e rupturas históricas, por meio da observação dos conceitos sociais. Sendo assim, é possível realizar um estudo acerca do conceito de inquérito policial para discutir se o “contraditório e a ampla defesa” sofreram mitigações com o decorrer das modificações históricas no sistema de persecução criminal, bem como para uma reflexão sobre as novas discussões verificadas na atualidade, mormente da possibilidade de a defesa técnica produzir elementos informativos e provas cautelares, nesta fase preliminar.

2.1.1 O surgimento do inquérito policial no sistema processual brasileiro

No início da Colonização do Brasil, ao lado do arbítrio e das práticas de extermínio, prevaleceu o modelo inquisitório, o qual era baseado na persecução penal de ofício, que se convertia em pesquisa oficial e secreta, com a admissão da tortura para se chegar à “verdade real”. Desta maneira, com as Ordenações Manoelinas e as Filipinas, os juízes formam o corpo de delito e abria-se a inquirição-devassa, assim que tivesse a notícia da prática de delitos.¹⁰³

Neste contexto, a história da persecução penal no Brasil está vinculada indubitavelmente ao direito português, uma vez que vigoravam, desde o Período Colonial, as legislações portuguesas em matéria criminal, com práticas inquisitivas, o que continuavam a influenciar fortemente no Período Imperial.¹⁰⁴

Percebe-se que, nesse quadrante histórico, praticamente não havia o direito de defesa para o imputado perante um juízo de acusação, já que imperava a inquisitorialidade na formação da culpa. Dessa maneira, não era possível combater as suspeitas e os indícios de materialidade que recaiam sobre o indiciado, diante da forte presunção da culpabilidade, na apuração do fato, que, em muitos casos, com acusações infundadas, em segredo de justiça, sem o direito ao contraditório e a ampla defesa na fase das investigações.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 87.

¹⁰⁴ MACHADO. Antonio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

Conforme Joaquim Canuto Mendes de Almeida, durante a vigência das Ordenações Manoelinas, havia a previsão de investigação preliminar de infrações penais, destinada a reunir elementos informativos para verificar a “viabilidade” de uma acusação criminal. Existiram duas formas de investigação preliminar: a inquirição devassa e a querela juradas. A primeira era uma forma de investigação ordinária, sem indicação da autoria ou de indícios; enquanto a segunda era uma inquirição sumária, com prévia de autoria ou de indícios.¹⁰⁵

Segundo Nilo Batista, com a proclamação da Independência do Brasil em 1822 e a promulgação da Constituição do Império de 1824, as ideias do Marques de Beccaria, influenciadas pelos ideários da filosofia Iluministas, se faziam sentir na seara criminal com o Código Criminal do Império de 1830, com a positivação do princípio da reserva legal e a proibição da responsabilização por fato alheio. Entretanto, o sistema de justiça penal foi contraditório entre o liberalismo e a escravidão e entre a descentralização e a centralização. Já o Código de Processo Criminal de 1832 adotou o sistema acusatório de persecução criminal, com a separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar. Além disso, representou a primeira iniciativa de estruturação da Justiça, em que dividiu a jurisdição criminal de primeira instância em Distritos, Termos e Comarca, além de instituiu o Juiz de Paz em cada Distrito, um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal e um Promotor Público em cada Termo e um Juiz de Direito em cada Comarca.¹⁰⁶

Comenta José Frederico Marques que a independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, tomou conta de intenso movimento constitucionalista com a consagração de ideias liberais no tocante à organização do Poder Judiciário brasileiro, que substituíram as práticas inquisitórias das Ordenações Filipinas:

Proclamada a independência e organizado constitucionalmente o País, passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, todas as idéias liberais que vinham substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo. Proclamada era, em

¹⁰⁵ “As Ordenações Afonsinas, concluídas e publicadas em 1446, embora impressas muito depois, admitiram não só o meio de acusação do direito romano e as querelas, provindas dos antigos costumes, mas também as inquirições-devassas do direito canônico, predominante no processo criminal por envolver pecado. Mantiveram-se os três modos: a *acusação*, que se inscrevia pelo *auto de querela*, a *denúncia*, que se não inscrevia, meio de delação secreta e da súplica dos fracos; e a *inquirição*, de regra *ex officio*. (...) Quando, em 1521, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, já as ações não se iniciavam por *clamores*, mas por *querelas juradas*, ou *denúncias*, ou *inquirições devassas*. A escrita estava muito espalhada e os tabeliães, inquiridores e outros oficiais de justiça eram auxiliares da jurisdição real. Apareceu então o cargo de promotor público. E, ao contrário do que vinha sucedendo, começaram a predominar as formas canônicas”. Conforme: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 54-55.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 33-38.

25 de março de 1824, a Constituição Política, cujo art.179 definiu “os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal bem diverso do que vigorava sob a égide do Livro V das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.¹⁰⁷ (*sic*)

Assim sendo, Marta Saad aduz que a fundação do Império abriu caminho para a persecução penal com indicativos de segurança jurídica, o que era um desejo do povo, como uma reação às leis opressoras da monarquia portuguesa, ainda que houvesse influência das Ordenações Filipinas.¹⁰⁸ De fato, em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Penal Criminal de Primeira Instância para se adequar a legislação processual às garantias da Constituição de 1824, que previa algumas garantias de direitos fundamentais políticos e civis, os quais são de primeira geração.

Com efeito, Vicente Greco, ao tratar da origem do Código de Processo Criminal de 1832, explica que foi de fato uma exigência para superar o sistema inquisitorial de persecução na esfera penal que estavam presentes nas legislações portuguesas que eram aplicadas em solo brasileiro:

Tais reformas, porém, não eram satisfatórias para o novo país de após 1822, que queria reagir firmemente contra as leis propiciadoras do arbítrio. Inspirado na Constituição de 25 de março de 1824, que definiu os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, surgiu o Código de Processo Criminal de 1832, em que dominava um espírito antiinquisitorial e liberal.¹⁰⁹

Com já dito, O Código Criminal de 1832 fez teoricamente uma das mais completas transformações nas instituições de justiça, uma vez que superou o centralismo e o rigor da justiça absolutista dos Tribunais Régios que aplicavam as Ordenações. Entretanto, na prática, as ideias liberais não foram aplicadas e os governos locais faziam da justiça criminal um instrumento das facções durante o Período da Regência. Esse contexto político brasileiro levou às várias revoltas armadas locais: Cabanagem (Grão Pará), Balaiada (Maranhão e Piauí), Sabinada (Bahia) e Guerra dos Farrapos (Rio Grande do Sul). Tais levantes foram reprimidos com muita violência pelas forças do governo central e acordos de privilégios para as oligarquias locais.¹¹⁰

Não se pode olvidar que as alterações na legislação penal e processual penal quase sempre estavam interessadas pela manutenção do regime. Desse modo, com a publicação

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. V.I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 99.

¹⁰⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

¹¹⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. [et al.]. **Illuminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 192.

da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, a investigação na seara criminal passou a ser conduzida pelo delegado de polícia, que, em certa medida, fortalecia o poder local com base na repressão policial.

Nessa conjuntura histórica até meados do Século XIX, o Juiz de Paz tinha os poderes de cominar as penas de multas, prisão até 30 dias ou internação por três meses em casas de correção ou oficinas públicas. Porém, em 1841, essas atribuições passaram aos chefes de polícia, delegados e subdelegados, inclusive, o poder de julgar contravenção penal e crimes punidos com prisão até seis meses, o que, para Nilo Batista representa o “vigilantismo policial”.¹¹¹

De fato, essas transferências de atribuições representaram diretamente maiores prestígios aos grandes proprietários locais, que detinham o domínio político, já que concedia à administração da polícia judiciária local mais repressão. Isso significa que, desde as reformas do Código de Processo Criminal do Império, o objetivo era o enfretamento da criminalidade, entretanto propiciou maiores poderes às autoridades locais sobre a administração da justiça criminal.

Daí que Antonio Scarance Fernandes esclarece que a necessidade de regulamentação do inquérito policial foi uma forma de conter os abusos das autoridades policiais para, com a fixação de prazo, angariar elementos informativos para a formação da culpabilidade:

A estruturação do inquérito em 1871 resultou de uma preocupação garantista, pois teve como objetivo coibir abusos na atuação das autoridades policiais, que, em virtude da Lei de 3 de dezembro de 1841 e do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, detinham excessivos poderes no sistema processual penal brasileiro. Não havia fixação de tempo para a autoridade policial remeter aos juízes os dados e esclarecimentos obtidos, a fim de que se procedesse à formação de culpa. A polícia realizava autênticas devassas. O inquérito policial teve como escopo conter os abusos, fixando-se prazo para o encerramento das investigações; assim, se o investigado estivesse preso, o inquérito deveria ser ultimado em cinco dias.¹¹²

Vale dizer que o inquérito policial foi estruturado com o objetivo de conter abusos da autoridade investigante, conforme se depreende da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871 e no Decreto nº 4824 de 22 de novembro do mesmo ano, cujo artigo 42, assim dispôs: “O inquérito policial consiste em todas as diligencias necessárias para o descobrimento dos

¹¹¹ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 35-39.

¹¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

fatos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e cúmplices e deve ser reduzido a instrumento escripto”.¹¹³

Trazendo esse conceito legal de inquérito policial para a prática processual, pode-se dizer que a expressão “reduzido a escrito” está condensada pela doutrina até os dias atuais. Assim, sempre para a doutrina majoritária, o inquérito policial tem como uma das suas características ser uma peça informativa reduzida a escrito que documenta os elementos informativos com o objetivo de preservá-los.

Embasando essa perspectiva na estrutura da persecução criminal no Brasil, o inquérito policial foi adotado inevitavelmente como instrumento de investigação preliminar para angariar os indícios de autoria e a prova da materialidade. Daí que o sistema de persecução penal brasileiro aderiu, com referencial à repressão ao crime, o modelo de polícia francesa, que é composta por duas polícias, sendo uma de patrulhamento ostensivo e a outra investigativa com atribuições de natureza judiciária, ou seja, auxiliar ao Poder Judiciário e lastrear, com a justa causa, o Ministério Público para a propositura da ação penal, entretanto subordinada ao Poder Executivo. Essa organização administrativa e as atribuições permanecem inalteradas até mesmo na Constituição Federal de 1988.

2.1.2 Sistemas de polícias na persecução penal: modelo inglês e francês

Em meados do século XVII, desenvolveu-se, entre os publicistas, o empenho de fixar as bases científicas e as atribuições da polícia. Nesse cenário, os ingleses adotaram o sistema político, enquanto os franceses, o sistema jurídico. No sistema inglês, a missão da polícia é assegurar a ordem pública, a segurança individual, prevenir delitos e evitar que delinquentes se furtem à aplicação da lei penal. Neste sistema, a polícia é sempre administrativa, mesmo que prenda uma pessoa em flagrante delito, porque não inquire testemunhas, nem pratica qualquer outro ato que importe acusação. Esse sistema de polícia predominou no Código de Processo Criminal de 1832, segundo João Mendes de Almeida Júnior.¹¹⁴ Ainda segundo o autor, no sistema francês, a polícia tem por fim, não apenas

¹¹³ BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciaria. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm> Acesso em 20 mar. 2020.

¹¹⁴ ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920, p. 270-273.

prevenir delitos e evitar que os infratores da lei penal se furtem da justiça, “mas também auxiliar a acção judiciária na investigação dos indícios e prova do crime”.¹¹⁵

Nesta esteira, João Mendes Almeida Júnior destacou as funções da polícia judiciária no sistema de persecução na seara penal brasileira para o enfrentamento da criminalidade:

A polícia judiciária, diz FAUSTIN HELEI, é o olho da justiça; é preciso que seu olhar se estenda por toda a parte, que seus meios de atividade, como uma vasta rede, cubram o território, afim de que, como a sentinela, possa dar o alarma e advertir o juiz; é preciso que seus agentes, sempre prontos aos primeiros ruídos, recolham os primeiros indícios dos factos puníveis, possam transportar-se, visitar os logares, descobrir os vestígios, designar as testemunha e transmitir a autoridade competente todos os esclarecimentos que possam servir de elementos para a instrução ou formação da culpa; ella edifica um processo preparatório processo judiciário; e, por isso, muitas vezes, é preciso que, esperando a intervenção do juiz, ella possa tomar as medidas provisórias que exigirem as circunstancias.¹¹⁶

Neste contexto, percebe-se que o sistema de persecução criminal brasileiro adotou o sistema jurídico francês de polícia com a publicação da Lei com a publicação Lei nº 261 de 1841,¹¹⁷ com a criação dos cargos de chefes de policias, delegados e subdelegados, os quais eram nomeados pelo Imperador ou Presidente da Província. Os primeiros entre os Desembargadores, enquanto os dois últimos pelos juízes de direito.

Pode-se dizer que a função da polícia judiciária é eminentemente investigativa e tem como principal instrumento o inquérito policial, com a finalidade de angariar elementos informativos que apontem para a materialidade do delito e indícios de autoria. Além disso, terá como missão não só prevenir delitos, como também, evitar que os infratores da lei penal fujam à acção da justiça; enquanto a polícia militar visa a manter a ordem pública com patrulhamento ostensivo e a segurança individual. Desse modo, ensina Sérgio Marcos Moraes Pitombo que o sistema de persecução penal tem influência de políticas de Estado em cada momento histórico: “Cada sistema processual penal adotou o meio de apuração prévia que aflorou cabente. Tomou em conta aspectos políticos e sociais, visando aos respectivos destinatários, na procura do melhor instrumento, em determinado instante histórico”.¹¹⁸

Preconizadora da igualdade formal e da soberania estatal, a ideologia iluminista-individualista foi o discurso na cultura jurídica brasileira no século XIX. Assim, os ideais

¹¹⁵ ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920, p. 271.

¹¹⁶ ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 1920, p. 275.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. **Reformando o Código de Processo Criminal**: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm > Acessado em 20 de mai. 2020.

¹¹⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: ano 7, n. 83. Edição especial. Out. 1999.

de civilização e modernidade foram representados pelo Iluminismo como fonte legítima do Direito, o que refletiu na conceituação do inquérito policial, previsto no artigo 42 do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

Neste ponto, cabe ainda destacar que a Constituição da República de 1891 previa em seu artigo 34, 23º,¹¹⁹ que a atribuição do Congresso Nacional era legislar sobre o Processo Penal Federal. Desse modo, implicitamente, dava aos Estados-membro a competência para legislar em matéria processual, o que quebrava a unidade do direito processual. Como essa autorização Constitucional, alguns Estados membros da federação elaboraram seus Códigos, em face da autonomia, o que resultou em algumas disparidades entre as legislações estaduais, que nem sempre observavam as regras processuais constitucionais.¹²⁰

Como visto, foi por questões ideológicas e políticas que o sistema de persecução criminal no Brasil adotou o modelo de polícia francês para o enfretamento da criminalidade. Por essa perspectiva, houve fortes influências em torno de vários aspectos sobre o inquérito policial, conforme será abordado nos tópicos seguintes.

2.2 Breves fontes históricas em torno do Código de Processo Penal de 1941 e seus reflexos sobre o inquérito policial

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, tem-se reestabelecido a unidade processual penal para a competência da União, bem como a determinação para a elaboração de um Projeto de Lei para um novo Código Processual Penal, que foi formada por uma comissão de três juristas, integrada por Bento de Farias, Plínio Casão e Gama Cerqueira. Sendo assim, em 15 de agosto de 1935, o referido Projeto foi apresentado ao Presidente Getúlio Vargas, com a Exposição de Motivos assinada pelo Ministro da Justiça Vicente Ráo. Esse Projeto propôs a supressão do inquérito policial e a criação do juizado de instrução, uma vez que argumentava, em linhas gerais, que o processo, propriamente dito, era uma mera reprodução de tudo que havia sido feito pela polícia, constante nos autos do caderno inquisitivo. Além disso, os depoimentos das testemunhas não tinham valor probatório. Com

¹¹⁹ “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal”. BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 20 mar. 2020.

¹²⁰ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58-59.

esses argumentos, o Projeto encontrou apoio naqueles que criticavam a atuação da polícia na primeira fase da *persecutio criminis*.¹²¹

Nessa época, embora estivesse previsto um Parlamento, Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais, nenhum deles chegaram a funcionar, uma vez que o Brasil estava sob a ideologia do Estado Novo, que os historiadores o denominaram de “Ditadura da Era Vargas”. De fato, note-se que, o então presidente Getúlio Vargas tinha poderes ditatoriais e governava o país por Decretos-leis. Além disso, os Estados eram governados por interventores com o apoio das oligarquias locais, o que levou a concentração de poderes nas mãos do Estado. Neste contexto, para Jorge Caldeira, “a ditadura brasileira não era nazista ou fascista, pois não tinha o apoio de um partido totalitário de massa”, bem como não era uma ditadura militar, já que o poder estava nas mãos de civis, e as atividades repressivas eram realizadas pela polícia.¹²²

Com se depreende, com o golpe de Estado de 10 de novembro do mesmo ano, foi preparada por Francisco Campos, então Ministro da Justiça, a Constituição de 1937, também chamada de “Polaca”, por sua identificação com Carta Política Polonesa de 1935. Ressalta-se ainda que a Constituição do Estado Novo sofreu fortes influências da Constituição Portuguesa de 1933 e da Italiana fascista, sobre tudo o Código de Processo italiano, denominado popularmente de “Código Rocco”, por ser de autoria de Arturo Rocco.¹²³

Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, não obstante as diferenças históricas, culturais, políticas e jurídicas entre o Brasil e a Itália, não é demais lembrar que o método tecnicista da década de 30, utilizado nos códigos italianos, influenciou a organização do Código de Processo Penal de 1941. Com efeito, há indicações pela “linguagem autoritária” do direito fascista no plano discursivo, transportada em vários institutos processuais, por exemplo, a regra é a prisão e a admissão de provas indiciárias.¹²⁴

Não fora de propósito que o objetivo do governo Central era manter a unidade processual penal que tinha sido reestabelecida em 16 de junho de 1934. Daí que Getúlio Vargas nomeou uma comissão de Jurista, dentre eles: Candido Mendes de Almeida, Nelson Hungria e Roberto Lira para elaborar o primeiro diploma de Processo Penal para todo o

¹²¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70-71.

¹²² CALDEIRA, Jorge. [et. Al]. **Viagem pela história do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 279.

¹²³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 3 ed. rev. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006, p. 477.

¹²⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 189.

Brasil. Neste cenário, sob o Estado Novo, adveio o Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, que manteve o inquérito policial, com suas características de inquisitorialidade, sob o argumento que é mais adaptável a realidade do Brasil, não sendo possível a implantação do juiz de instrução, devido à grande extensão territorial.¹²⁵

Neste âmbito, apenas para ilustrar, o surgimento do Código de Processo Penal brasileiro foi à expressão do poder de uma persecução penal pragmática autoritária ao ponto de possibilitar a incomunicabilidade do indiciado preso pelo prazo de três dias, conforme o art. 21, sob a fundamentação de que quando houver interesse da sociedade ou da conveniência da investigação o exigir.¹²⁶ Isso revela a significância jurídica dessa norma diante do modelo inquisitorial e autoritário desse momento político durante a ditadura do Estado Novo, que continua positivada no Código de Ritos, embora não recepcionada pela Constituição de 1988.

Avançando na história, no governo do Presidente Jânio Quadros, surgiu a ideia de elaboração de um novo Código de Processo Penal para substituir o Código de 1941, que ficou a cargo do Professor Hélio Bastos Tornaghi para apresentar o Projeto de Lei em 1963. Cabe lembrar que, nessa época, o procedimento pré-processual tem na sua feição de tão somente a servir de fundamento a *accusatio*, uma vez que o Ministério Público formaria a *opinio delicti*. Portanto, apresentava-se com as características de ser um procedimento administrativo, sigiloso e inquisitório. Porém, devido ao período político, com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, não foi possível a aprovação do Projeto.¹²⁷

Em 1970, foi apresentado o anteprojeto de modificação do Código de Processo Penal, sendo o Professor José Frederico Marques o encarregado pela elaboração. O Presidente da República Ernesto Geisel remeteu ao Congresso Nacional e transformou-se no Projeto nº 633/1975. Cabe destacar que o anteprojeto diferenciava suspeito do indiciado. O primeiro seria a pessoa a quem se podia atribuir à prática da infração penal, enquanto o segundo, o provável autor. Porém, essa distinção não se fez constar no Projeto. Por fim, repetia-se a fórmula do Anteprojeto de Hélio Tornaghi, porquanto o inquérito não

¹²⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. V.I.Campinas: Bookseller, 1997, p. 107.

¹²⁶ “Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 18 jun. 2019.

¹²⁷ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

possuiria caráter instrutório e se destinava exclusivamente a fornecer elementos informativos necessários ao oferecimento da denúncia ou queixa-crime.¹²⁸

Quase no fim do período da Ditadura Militar, a comissão, formada pelos juristas Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio da Fonseca, elaborou o projeto do Código de Processo Penal em 1983, em que José Frederico Marques e Aires da Mata Machado foram os revisores. Neste Projeto, o inquérito policial mereceu um Capítulo especial, além de ter sido redefinido, acrescentou-se uma segunda finalidade: não somente era a base da ação penal como poderia servir de fundamentos para providências cautelares. Na exposição de Motivos, o Projeto de Lei assegurava, no curso do inquérito, a defesa do indiciado de requerer qualquer diligência, mas a realização ficava a cargo da autoridade, além da incomunicabilidade do indiciado, apenas não oposta ao advogado.¹²⁹

Após essas breves linhas sobre o panorama histórico em torno do inquérito policial, houve diversas tentativas de elaboração de um novo Código de Processo Penal para substituir o de 1941. Entretanto, por questões políticas e ideológicas não foi possível, embora tenha ocorrido havido várias alterações legislativas no Código de Processo Penal.

2.2.1 Os influxos autoritários do Estado Novo sobre o Inquérito Policial.

O Código de Processual Penal de 1941, apesar de manter os postulados essenciais do sistema acusatório, sofreu forte influência da Itália Fascista. De fato, no Título II, ao tratar sobre o Inquérito Policial, o Código de Ritos se mostrou um instrumento de supressão das garantias do investigado, uma vez que possui o caráter de formação da culpa até a prova em contrário, desenvolve-se em segredo, além de ter estabelecido a incomunicabilidade do preso.

Como já dito, para justificar a manutenção do inquérito policial na *persecutio criminis*, foi, segundo o pensamento da época, a grande extensão do território brasileiro. Neste contexto, foi rechaçado o juízo de instrução preliminar, por ser impossível a adoção do juiz de instrução nos mais distantes povoados, o que levava vários dias de viagem.¹³⁰

Por essa razão, esse foi o principal argumento do legislador de 1941, conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

¹²⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80-81.

¹²⁹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84-85.

¹³⁰ LOPES JUNIOR, Aury, **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 59.

É ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstancias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido.¹³¹

Para Geraldo Prado, o Código de Processo Penal de 1941 surge em momento autoritário pelo qual passava o Brasil, alinhado ao Estado Novo:

A quadra histórica em que surgiu o CPP brasileiro era autoritária e seu substrato ideológico conformou o paradigma processual penal. A articulação das categorias ação penal pública obrigatória-poderes instrutórios do juiz-poder para condenar mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público reflete clara simetria com a doutrina do estado de exceção schmittiano, que temia e considerava que o principal inimigo político se torna inimigo interno, porque a decisão fundamentada que constitui uma unidade política é se acaso existir ou não um estado de paz civil.¹³²

Diante desse quadro, apoiado no mito da verdade real, o Código de Ritos de 1941 foi inspirado no seu homólogo italiano de autoria de Arturo Rocco, o que teve o fluido ideológico autoritário que refletiu na doutrina e na jurisprudência sobre o inquérito policial.

A propósito, Noé Azevedo, saudoso professor da Faculdade de Direito de São Paulo, retrata em sua obra, “As Garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes”, em 1934, que o inquérito policial era na prática criminal uma verdadeira sentença, ao seu término, sem que o suposto indigitado autor do delito tivesse ingresso com a defesa:

Segundo a pratica do nosso fôro criminal, as provas mais importantes dos processos são colhidas pela Polícia. É esta que redige os autos de flagrante; que forma o corpo de delicto; que levanta o local dos crimes; que ordena a maioria dos exames periciaes; que toma as primeiras declarações das victimas e dos imputados; que arrola e inquire em primeira mão as testemunhas, formando inqueritos que terminam com relatorios equivalentes a verdadeiras sentenças. Remettidos os autos do inquerito ao Juízo Criminal, faz-se um novo processo, sem que nelle tenha ingresso a defesa, a não ser para a contestação de testemunha os para allegações finaes.¹³³
(sic)

Apesar de algumas vozes quererem suprimir o inquérito policial da *persecutio criminis* na década 30 do Século passado, o Código de Processo Penal o manteve, com

¹³¹ BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

¹³² PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 29.

¹³³ AZEVEDO, Noé. **As Garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes**. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1936, p. 172-173.

influxos autoritários do Estado Novo, que tratava o suposto autor do delito como um mero objeto de investigação criminal. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência majoritárias sempre negaram as garantias do contraditório e da ampla defesa nessa fase da persecução, com o argumento de que o inquérito policial é apenas uma peça informativa, sem valor probatório, inclusive dispensável para a propositura da ação penal.

2.2.2 As características do inquérito policial na visão da doutrina processual penal clássica que inviabilizam a investigação criminal defensiva

Considerando que a investigação criminal defensiva é focada na captação de elementos informativos e de provas direta pela defesa técnica para se buscar uma situação mais favorável ao imputado, desde a fase preliminar da investigação, é de se ver que as características da inquisitorialidade do inquérito policial não atendem aos objetivos dela.

Diante dessa ilação, a importância de modular e superar que no inquérito policial não há espaço para a defesa técnica intervir, independente da investigação oficial do Estado, produzindo elementos informativos e provas em paridade de armas com o Ministério Público e a polícia judiciária.

Sob esse enfoque, a definição clássica de inquérito policial apresentada por Galdino Siqueira no início do século passado, perdura até os dias atuais como um instrumento preparatório que serve de base à propositura da ação penal:

Um acto extrajudicial, de competência da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade competente, para servir, ou em *synthese*, uma peça de instrução ou de instrumento, para servir de base à denuncia, à queixa ou ao procedimento “ex-officio”.¹³⁴ (*Sic*)

Como já frisado, essa lição leva a doutrina processual penal clássica a rotular o inquérito policial como “um procedimento administrativo – persecutório, de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”.¹³⁵ Desse modo, no conceito de inquérito policial tem como elementos essenciais as expressões: “uma mera peça informativa” e “sem valor probatório”, que vão impossibilitar a atuação da defesa na primeira fase da *persecutio criminis*.

Outro ponto relevante no conceito de inquérito policial é a sua “dispensabilidade” para a propositura da ação da penal. Assim, ao escrever acerca do tema inquérito policial, Tourinho Filho utiliza termos que estão sedimentados na doutrina clássica, que antecedem a promulgação da Constituição Federal de 1988:

¹³⁴ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. Livraria e Oficina Magalhães, São Paulo, 1917, p. 305.

¹³⁵ FREDERICO, José Marques. **Tratado de Direito Processual Penal**. Saraiva, São Paulo. 1980. Vol. I, p. 189.

Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do Inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção.¹³⁶

É relevante frisar que, segundo Aury Lopes Junior, a definição legal do inquérito policial¹³⁷ não consta expressa em nenhum dispositivo do Código de Processo Penal (CPP). É preciso cotejar os artigos 4º e 6º do CPP, o que se depreende que a atividade desenvolvida pela polícia judiciária é captar elementos informativos de materialidade e indícios de autoria do delito, com a finalidade de formar a *opinio delicti* do Ministério Público, o que é a justa causa da futura ação penal condenatória.¹³⁸

Com esses argumentos, põe-se em evidência que o conceito de inquérito policial compartilha de características formais comuns em épocas diferentes, mesmo com as alterações das estruturas políticas e sociais. Vale dizer que, embora se afirme que o inquérito policial é uma mera peça informativa, sem valor probatório, dispensável e que não comporta o contraditório e a ampla defesa de formas absolutas, não é exagero argumentar que é preciso superar as ilações da doutrina clássica, posto que não são termos estáveis ao longo do tempo do ponto de vista conceitual da doutrina contemporânea.

Por isso, é plausível anuir que surgiram outros significados para as características do inquérito policial devido às experiências passadas acumuladas, no decurso do tempo, desenvolvidas pela doutrina e pelos precedentes judiciais. Neste sentido, é possível inferir que algumas mitigações ou mudanças de sentidos de determinadas características em torno do caderno investigativo, dentre elas, a exemplo: o contraditório diferido, os vícios nas provas, a cadeia de custódia da prova, que serão abordadas em tópicos específicos.

Vale frisar que os conceitos jurídicos e a interpretação da norma jurídica são fenômenos jurídicos que estão intrinsecamente ligados a modelos de regime político, dentro das circunstâncias de certo momento histórico, como escreve Luiz Roberto Barroso:

A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma

¹³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 445.

¹³⁷ O Código de Processo Militar traz o conceito legal de Inquérito Policial militar: “Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”. (*sic*). BRASIL. Decreto Lei n. 1002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 10 mai.2020.

¹³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2001, p. 31.

época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do interprete e o imaginário de cada um.¹³⁹

Desse modo, a transformação dos termos, que compõem os conceitos jurídicos, é um fenômeno normal, haja vista que as experiências e as práticas da doutrina e da jurisprudência são acrescidas na medida em que há interferência de diversos juristas com suas próprias teorias para esclarecer os elementos essenciais de um determinado conceito, o que resulta pontos de vistas diferentes, enumerando diversos aspectos e descobertas que são reflexos de cada momento histórico. Em vista disso, abre-se a discussão da possibilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial.

2.3 Perspectiva de futuro do inquérito policial: contraditório e investigação criminal defensiva

O modelo político em que foi elaborado o Código de Ritos é da década de 40 do século passado, em pleno Estado Novo, sob a influência da doutrina italiana fascista. Com a nova ordem constitucional de 1988, tem-se uma superação ideológica do Regime Militar, com a consagração da supremacia da Constituição, o que requer uma releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal de acordo com o Estado Democrático de Direito, o que exige a primazia da concretização dos direitos fundamentais, sendo os postulados da interpretação em torno do conceito de inquérito policial.

Com efeito, o texto constitucional de 1988 consagra vários dispositivos “garantidores” na atuação do aparelho repressor estatal, o que se faz necessário uma releitura do Código de Processo, com a finalidade de buscar uma adequação aos valores democráticos. Desse modo, o constituinte originário, no afã de repudiar práticas abusivas e autoritárias, buscou a redemocratização jurídico-formal e apresentou significativo avanço qualitativo e quantitativo em torno do direito de defesa, o que se reflete no inquérito policial.¹⁴⁰

Assim, para Fauzi Hassan Choukr o princípio do contraditório previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” - tem uma interpretação ampla, empregada não só para acusados no

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

¹⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995, p. 71.

processo penal, mas sim “acusados em geral”, devendo nela ser compreendida também no âmbito do inquérito policial.¹⁴¹

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior esclarece que na fase preliminar, em regra, desenvolvida pela polícia judiciária, cujo objetivo é verificar, através de um juízo de probabilidade, se há elementos probatórios mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de um processo criminal. Afinal, o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, pois a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, qual seja, evitar as acusações e os processos infundados.¹⁴²

Sob o influxo da doutrina contemporânea, a qual faz uma releitura dos dispositivos do Código de Processo Penal de acordo com o texto constitucional, o que de certo modo já se fez sentir nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Esse precedente da Corte dá ao advogado do imputado amplo acesso aos elementos informativos, já assentados nos autos do caderno investigativo, de modo possa se manifestar por meio da defesa técnica, o que caracteriza o contraditório, embora diferido:

ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte.¹⁴³

Isto faz com que as regras processuais da investigação criminal devam ser interpretadas à luz da Constituição Federal. Para exemplificar, o direito ao silêncio, o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, direito de não autoincriminação, possibilita ao indiciado o direito de autodefesa que é uma faculdade a ser exercida a seu critério. O referido direito era visto pela

¹⁴¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995, p. 240.

¹⁴² JUNIOR LOPES, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2006, p. 33.

¹⁴³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 88190. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 29 ago.2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759819/habeas-corpus-hc-88190-rj>> Acesso em: 10 mai.2019.

doutrina tradicional com meio de prova, pelo simples fato de estar topograficamente no capítulo das provas, no Código de Processo Penal.

Percebe-se, portanto, que o texto constitucional de 1988 é muito rico em garantias processuais penais, o que revela uma persecução criminal adequada ao modelo penal-garantista, com pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa, sendo inclusive defendidos pela doutrina contemporânea, desde a fase investigativa. Isso aponta para uma relativização semântica do significado “não-contraditório”, outrora esculpido no conceito de inquérito policial desde o século passado.

2.3.1 A investigação criminal defensiva como direito à prova: nova perspectiva do inquérito policial.

Em uma perspectiva de futuro, surge uma nova discussão acerca do inquérito policial, a qual é pautada pelo contraditório e a investigação criminal defensiva. Esses fenômenos são concernentes ao direito fundamental do suposto indigitado autor do delito de se defender provando, produzindo provas em contraditório, diretamente para a justa persecução penal. Com isso, chega-se ao conflito entre o direito de liberdade individual e o *jus puniendi*, enquanto resposta do Estado ao violador da norma penal.

A propósito, a experiência acumulada, em torno do inquérito policial, vem, desde a época do Império de que não é possível o contraditório e a ampla defesa, nessa fase da *persecutio criminis*. Por outro lado, há uma expectativa de futuro para que a defesa técnica do imputado possa exercer o contraditório e a ampla defesa na fase investigativa, através da investigação criminal defensiva.

Por esse ponto de vista, o conceito referência do inquérito policial tem por superada o elemento semântico “não contraditório”, o qual é tão sedimentado pela doutrina processualista tradicional. Pode-se inferir que esses argumentos são pelo fato de o inquérito policial ser de natureza “meramente inquisitiva”, com sigilo absoluto dos atos produzidos, o que não comporta a atuação da defesa técnica, patrocinada pelo investigado, na busca de elementos probatórios que lhes sejam favoráveis.

Dessa maneira, Magalhães Noronha defendia o sigilo absoluto da investigação preliminar, com o objetivo de o investigado não ter acesso aos elementos informativos colhidos, já que a polícia judiciária não poderia “fornecer armas e recursos ao delinquente,

para se furtar da atuação da autoridade, na apuração do crime e da autoria”.¹⁴⁴ Por essa visão, o inquérito policial não estaria cumprindo com a sua função de instrução provisória que antecede à ação penal, uma garantia do investigado contra apressados juízos errôneos que levam às ações penais infundadas, conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Percebe-se que a doutrina clássica é reducionista, ao afirmar que não existe a possibilidade de defesa durante a investigação criminal oficial, por ser o caderno investigativo policial uma peça meramente informativa, razão pela qual a defesa técnica seria um empecilho para o exercício do estado investigação, além de o investigado ser tratado como objeto de investigação, sem as garantias constitucionais.

Entretanto, a nova ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988 exige uma releitura e interpretação dos dispositivos que tratam da investigação criminal, de modo a se harmonizar como os direitos e as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, já decidiu o Supremo Tribunal Federal afastando o argumento da doutrina processualista penal clássica que o indiciado é um “mero objeto da investigação” que não possui garantias processuais constitucionais:

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a despreitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não pode ser considerado mero objeto das investigações. O indiciado é um sujeito de direitos e deveres e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja inobservância pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.¹⁴⁵

Em uma perspectiva de futuro, a doutrina progressista busca quebrar o paradigma do não-contraditório, no âmbito da investigação preliminar. Neste contexto, o direito de se defender provando, no curso da persecução penal, o qual se materializa na investigação criminal defensiva, tem como vertente à paridade de armas. Esse tema ganha relevância jurídica, desde a fase pré-processual, com a publicação da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório

¹⁴⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito Processual**. 19. ed. atual. Por Adalberto José Q.T de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 22.

¹⁴⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 73.271. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 17 jun. 1999. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702302/habeas-corpus-hc-73271-sp>>. Acesso em: 12 mai. 2020

realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.¹⁴⁶ porquanto trouxe à tona os questionamentos acerca do investigado exercer as garantias constitucionais, dentre as quais o contraditório na fase investigativa, a qual se desdobra produção de elementos probatórios, por autoridade própria da defesa técnica.

Além disso, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009 traz em seu bojo a investigação criminal defensiva, através da ação probatória por autoridade própria da defesa técnica, conforme previsto no art. 13. “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.¹⁴⁷

Para embasar a tese sustentada nesta pesquisa, além de salientar a necessidade de dar efetividade à investigação criminal direta pela defesa, é pertinente sublinhar o pensamento de Welton Roberto para quebrar o paradigma do elemento “não contraditório” no conceito de inquérito policial, que está sedimentado na doutrina clássica:

Não se poderá mais viver com um contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, enquanto a outra é sempre notificada e cientificada para encontrar falhas, defeitos, obscuridade naquilo que se apresenta, impedindo-a de realizar também sua própria busca probatória, pois assim o estado de garantia de ampla defesa estará manietado e obstaculizado pelas normas infraconstitucionais, o que inviabiliza uma verdadeira condição paritária na concepção da prova.¹⁴⁸

No mesmo sentido, Geraldo Prado diz que “não é possível olvidar que em um modelo acusatório a defesa deva estar apta a atuar não apenas reativamente, mas ativamente também (...)”.¹⁴⁹ Portanto, o advogado do imputado não pode ser um mero espectador durante a persecução penal e cumprir apenas a marcha processual passivamente.

Por fim, é com essa base teórica que a doutrina progressista sustenta que o inquérito policial deve ser pautado nos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, na justa persecução penal e outros de

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁴⁷ BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

¹⁴⁸ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

¹⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 42.

natureza constitucional, os quais são Direitos Fundamentais, inerentes ao direito de defesa, como garantia da liberdade e do devido processo legal, consagrados no Estado Democrático de Direito, o que qualifica o direito de defesa desde a fase pré-processual.

2.3.2 Reflexos do Juiz das Garantias sobre a fase preliminar da persecução penal

A Lei nº 13.964/2019, “Pacote Anticrime”, contemplou no seu bojo a figura do “juiz das garantias”, o qual é um magistrado responsável pelo controle de legalidade na fase preliminar da persecução penal, em todas as infrações penais, exceto nas de menor potencial ofensivo, ou seja, nas contravenções penais e naquelas que a pena máxima não ultrapassa dois anos. Esse modelo foi importado da Europa, com o fundamento de que, na fase judicial da persecução criminal, o magistrado não seria “contaminado” pelos elementos informativos colhidos na fase do inquérito policial. Nesta perspectiva, o juiz, quando for decidir o mérito da ação penal, ou mesmo, em eventual prosseguimento das investigações e das diligências no curso da instrução processual, estaria com imparcialidade para exercer a jurisdição e equidistante das partes, como sustenta parte da doutrina:

Daí a imensa importância do sistema de duplo juiz, com a separação do juiz das garantias do juiz da instrução e julgamento e, principalmente, da exclusão física dos autos do inquérito, que não mais integram os autos do processo. Isso representa uma imensa evolução, especialmente para evitar a contaminação do julgador com os atos informativos do inquérito, produzidos em uma estrutura inquisitória e com imenso sacrifício do contraditório.¹⁵⁰

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, em sede de Liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn’s) n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendeu a eficácia do juiz das garantias e, outras medidas, que atingiram diretamente a sua aplicabilidade *sine die*, ou seja, sem fixar uma data futura.¹⁵¹

¹⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 573.

¹⁵¹ “Em suma, o Min. FUX suspende, sem prazo, institutos e avanços importantíssimos para o processo penal, a saber: – suspende a expressa recepção pelo CPP do sistema acusatório (art. 3º- A); – suspende a criação do juiz das garantias, e com isso mantém o sistema inquisitório antigo, onde o mesmo juiz (contaminado) atua da investigação até a sentença; – suspende a exclusão física dos autos do inquérito (outra grande evolução para assegurar que o juiz julgasse com base na “prova” e não nos atos inquisitórios da investigação, meros atos informativos); – permite que o juiz que teve contato com a prova ilícita continue no processo e até repita seu julgamento (art. 157, § 5º), mantendo a suspensão de vigência já determinada pelo Min. Toffoli; – mantém o atual sistema de arquivamento do art. 28 (com aquela estrutura inquisitória que permitia o controle por parte do juiz), suspendendo a implantação de um modelo mais dinâmico e de acordo com o sistema acusatório, que é o arquivamento determinado e revisado no âmbito do MP; – especificamente na parte das prisões cautelares, ele suspendeu apenas a determinação de soltura do preso caso a audiência de custódia não fosse realizada no prazo de 24h (outro avanço importante, pois consagrava, finalmente, o sistema de prazo com sanção)”. In: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 38-39.

Apontadas essas nuances, a reforma no sistema processual penal, a qual tinha por objetivo consagrar o sistema acusatório e o juiz das garantias, que seriam uma superação do sistema inquisitivo herdado do Código de Rocco, está suspensa com a decisão monocrática. E é justamente pelo fato de o juiz das garantias ser o competente pela intervenção na fase preliminar da *persecutio criminis*, posto que é esse sujeito processual que faz o controle de legalidade dos atos praticados no curso do inquérito policial. Assim sendo, por exemplo, terá a competência para receber o auto de prisão em flagrante, decidir sobre a prisão preventiva, temporária, produção antecipada de provas, busca e apreensões, quebra de sigilo fiscal, entre outras medidas previstas, além de julgar o *habeas corpus*, nos termos do art. 3º-B, do Código de Processo Penal. É de se ver que tais medidas vão refletir diretamente na qualidade da produção da prova na fase preliminar, tendo em vista o controle de legalidade, bem como a previsão legal de admissão do assistente técnico para acompanhar a produção da prova pela perícia técnica.

Dessa maneira, o juiz das garantias atua na fase preliminar da persecução penal, fazendo o controle de legalidade da investigação criminal para tutelar os direitos e as garantias fundamentais do imputado. Note-se que haverá um juiz para a investigação preliminar e outro, para atuar na fase de instrução e julgamento:

A função desse juiz será atuar somente na fase de investigação, mas não como um juiz-investigante, que é conhecido internacionalmente sob a designação de juiz-instrutor. Na realidade, sua função é garantir a legalidade dos atos praticados e/ou requeridos pela autoridade investigante ou pelo Ministério Público no curso daquela primeira fase da persecução penal.¹⁵²

Superada a fase da investigação preliminar, o juiz das garantias cessa suas funções e atribuições com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime e ficará impedido de atuar na fase da ação penal, o que é um reverso à regra de fixação da competência jurisdicional pela prevenção. Percebe-se, portanto, que essa estruturação conduz ao modelo acusatório e a imparcialidade do magistrado, que, em tese, vai preservar e salvaguardar os direitos e as garantias fundamentais do imputado. Nessa linha de raciocínio, Eugênio Pacelli argumenta: “Observa-se então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação”.¹⁵³

¹⁵² ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista de Doutrina da 4. Região**, n. 40, fev. 2011.

¹⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **O curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370.

De outra vertente, Marcos Alexandre Coelho Zilli entende que a iniciativa instrutória do magistrado não é incompatível com a imparcialidade, já que é uma exigência da persecução penal para o acerto da verdade do fato a ser julgado e aplicar o direito eficazmente às partes processuais: “Há, portanto, que se romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é incompatível com a imparcialidade. Primeiramente, porque, ao assim proceder, o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por consequência, quem será por ventura beneficiado”.¹⁵⁴

Parte da doutrina é contrária à implantação do juiz das garantias, tendo em vista que vai trazer enormes dificuldades para o combate à corrupção sistemática, a qual produz grandes prejuízos aos cofres públicos, posto que o magistrado que vai decidir o mérito da ação penal condenatória não será o mesmo que participou da colheita da prova na fase do inquérito policial. Isso irá comprometer a celeridade e a eficiência do sistema de justiça criminal, já que terá que iniciar o processo de produção de provas do mesmo delito. Além disso, levará a impunidade de crimes e descrédito do judiciário com o aumento a extinção da punibilidade pela prescrição.

Por outro lado, os autores, que defendem a figura do juiz das garantias, argumentam que o sistema de persecução penal brasileiro é contraditório, sendo um dos seus pilares a separação de funções entre os sujeitos processuais, o que é um axioma da Teoria do Garantismo Penal. Desse modo, não poderia um juiz atuar como se fosse um inquisidor na busca de provas desde a fase preliminar da persecução penal. Isso levaria certamente a parcialidade e ao punitivismo excessivo dos juízes, uma vez que eles estariam “contaminados” pelos elementos informativos colhidos no inquérito policial.

No ponto, cabe ainda fazer uma ponderação com relação ao “juizado de instrução”, que não se confunde com o juiz das garantias. Deveras, o juizado de instrução, em aperto de síntese, consiste na figura de um julgador, “juiz instrutor”, responsável pela fase da instrução preliminar. Esse magistrado tem uma postura ativa no impulso da persecução para a captação de provas de ofício. Desse modo, ele é protagonista na fase preliminar da *persecutio criminis*, já que detém poderes para realizar as investigações e as diligências, sem necessidade de provocação, para munir o Ministério Público com a justa causa para a ação penal. Além disso,

¹⁵⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

esse sujeito processual é quem decide, na fase intermediária, sobre a admissão ou não da acusação e as medidas restritivas de direitos fundamentais, por autoridade própria.¹⁵⁵

Volvendo para a investigação criminal defensiva, o juiz das garantias terá reflexos diretos para a atuação da defesa técnica no inquérito policial. A propósito, vale destacar, mais uma vez, que esse juiz irá fazer o controle de legalidade dos elementos informativos e das provas cautelares e irrepetíveis, as quais são provas relevantes e necessárias, que devem ser colhidas antecipadamente, devido ao risco de desaparecerem e não serem mais possível as repetir na fase da instrução. É por essa razão, conseqüentemente, que a produção antecipada de provas, realizada sob o controle do juiz das garantias, será um ganho significativo ao sistema acusatório, o qual é dialético na busca do acerto da verdade para o justo processo penal, que, em tese, abrem espaços para o contraditório e a ampla defesa na primeira da *persecutio criminis*.

Certo é que ainda há muitas discussões relevantes da doutrina e da jurisprudência em torno do juiz das garantias, esse modelo de “duplo juiz”, com argumentos favoráveis e contrários, que analisam os impactos desse novo sujeito processual, em vista da possibilidade da implantação e da efetivação no âmbito da justiça criminal, mesmo que ainda suspensa a sua eficácia normativa. Todavia, é necessário que haja uma adequação entre o sistema penal acusatório e o juiz das garantias, com a finalidade de superação da inquisitorialidade no inquérito policial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para uma justiça criminal célere e eficiente que assegurem os direitos e as garantias fundamentais do imputado, bem como os direitos das vítimas e o da não-impunidade na persecução penal.

2.4 O contraditório e a ampla defesa: uma leitura à luz da Constituição Federal

A dogmática jurídica é dialética e está sempre em evolução paradigmática de interpretação. Assim, é necessária uma releitura na interpretação do texto constitucional para superar o dogma da doutrina processual penal tradicional, a qual sustenta que o investigado não tem as tutelas constitucionais ao contraditório e à ampla defesa nos limites dos preceitos constitucionais, para exercer o direito fundamental de defesa no âmbito do inquérito policial.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Juris Lumen, 2016, p. 165.

No que concerne à interpretação dos textos jurídicos, Luís Roberto Barroso sustenta que “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolvem os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do interprete e o imaginário de cada um”.¹⁵⁶ É de se ver que a interpretação dos textos jurídicos não são verdades universais imutáveis no tempo, conforme as palavras do jurista: “a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais”.¹⁵⁷

Assentadas essas premissas, pode-se apartar, de outra vertente, que a hermenêutica jurídica superou a ideia de que a norma jurídica tem sempre sentido unívoco de objetividade de interpretação. Isso é decorrência de o Direito ser uma invenção humana e está inserido em um contexto histórico e cultural. Em virtude disso, as garantias do contraditório e da ampla defesa, dentro da prática processual, ganharam *status* de garantias fundamentais diante dos valores liberdade e dignidade humana.

Nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva, valendo-se da lição clássica de Ruy Barbosa, aduz sobre a distinção entre direitos e garantias dos direitos: “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”.¹⁵⁸ Desse modo, os direitos fundamentais se expressam em disposições declaratórias, as quais imprimem a existência aos direitos na existência da norma legal, enquanto as garantias fundamentais são disposições assecuratórias em defesa dos direitos, que, em tese, limitam o poder.

Na lição de Konrad Hesse, “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade”.¹⁵⁹ Ainda cabe destacar que, segundo o autor alemão, os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma devem ser atribuídos no sentido que não lhes retirem ou diminuam o sentido da norma:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) A interpretação adequada é aquela

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 410.

¹⁵⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 10.

que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹⁶⁰

No mesmo sentido, Joaquim Gomes Canotilho sustenta que é necessária a máxima efetividade das normas constitucionais e “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.¹⁶¹ Neste contexto, é relevante frisar que a interpretação da norma jurídica deve estar conectada com a realidade de seu tempo para a ótima concretização, com a finalidade de dar maior eficácia, especialmente quando tem um conteúdo de direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, faz-se mister debruçar sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa extraídos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Propõe-se nesse sentido, que a norma constitucional deve ser interpretada para atingir uma maior eficácia, especialmente, quando ela for instituidora de direitos e garantias fundamentais.

Sob essa perspectiva, não restam dúvidas quanto à necessidade do contraditório e da ampla defesa na fase processual. Entretanto, resta saber se é ou não viável a inclusão do contraditório e da ampla defesa na fase preparatória da ação penal. Daí que as reflexões discutidas, neste capítulo, gravitam em torno da ideia de que o imputado pode exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, enquanto direito fundamental de se defender provando, o qual se materializa na investigação defensiva.

Fauzi Hassan Choukr, na sêda da doutrina de Ada Pellegrini Grinover, agrega as bases do contraditório com o binômio: ciência e participação, o que tem íntima vinculação com a questão das validades das provas, que, por sua vez, traz consigo o juiz natural.¹⁶² Isso significa dizer que o contraditório indica uma garantia fundamental de justiça organizada: “princípio da audiência bilateral encontrada na expressão do brocardo romano *audiatur et altera pars*”.¹⁶³ No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior pontifica que “por contraditório, deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento às partes, e de outro, a possibilidade de as parte reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.¹⁶⁴

¹⁶⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

¹⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995, p. 95.

¹⁶³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

¹⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 131-132.

Por seu turno, a garantia da ampla defesa significa que a defesa no curso da *persecutio criminis* pode ser realizada sem nenhum tipo de embaraço, de modo que o suposto indigitado autor do delito se defenda da imputação por qualquer meio que não seja ilícito, nem configurar abuso de direito. Neste enquadramento, a ampla defesa gravita durante toda a persecução criminal para possibilitar a eficiência da defesa com soluções técnicas em termos processuais.¹⁶⁵ Vicente Greco Filho demonstra outro requisito essencial à ampla defesa que é a apresentação clara e completa da descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias para a imputação.¹⁶⁶

Para a melhor compreensão da distinção entre o contraditório e a ampla defesa, Carlos Frederico Coelho Nogueira argumenta:

Não podemos confundir contraditório com ampla defesa. O princípio-garantia do contraditório protege os direitos de ambas as partes em litígio, numa relação processual, judicial ou administrativa. Por isso mesmo, o texto constitucional se refere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo. Já a ampla defesa agasalha os direitos dos acusados em geral, e a locução em geral significa que não apenas aqueles contra quem sofre uma acusação penal possuem tal direito: também aqueles contra quem se dirige uma acusação civil, ou administrativa, ou tributária, ou de outros matizes”.¹⁶⁷

Sob outro prisma, Fredie Didier Júnior entende que a dimensão substancial do princípio do contraditório fundiu-se com o princípio da ampla defesa, formando uma amálgama de um único direito fundamental. Ele explica que “o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão”.¹⁶⁸

Daí pode se sustentar que o núcleo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa é extraído do art. 5º, LV, da Constituição Federal, haja vista que a persecução penal é estruturada no *due process of law*, nos âmbitos jurisdicional e administrativo. Com

¹⁶⁵. “A defesa na sua acepção ampla compreende o direito ao devido processo legal; o direito a um defensor técnico; a possibilidade de utilizar todos os meios lícitos de provas; o direito à notificação para todos os atos processuais; o direito de produzir alegações nos autos; o direito aos recursos previstos em lei; o direito de autodefesa; e por fim, o direito de não ser processado indevidamente, ou seja, de não ser acusado sem justa causa”. Conforme: MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: atlas, 2009, p. 143.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 128.

¹⁶⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002, v. 1, p. 134.

¹⁶⁸ “A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 92.

efeito, Rosmar Rodrigues de Alencar explica que “os direitos fundamentais processuais penais referem-se às partes no processo, notadamente aos imputados em geral, em toda a persecução criminal (inclusive no curso de investigação preliminar)”.¹⁶⁹

Neste diapasão, o direito de defesa é cláusula pétreia constitucional que abrange a defesa técnica durante todo o processo e a autodefesa. A defesa técnica deve ser plena, necessária e efetiva, o que pode gerar causa de nulidade absoluta, nos termos da Súmula n. 523, da Suprema Corte, caso sua deficiência possa causar prejuízo ao réu: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.¹⁷⁰ Ademais, garante ao acusado escolher o defensor de sua confiança. É o que se interpreta do art. 261 do Código de Ritos.¹⁷¹

A garantia da autodefesa é aquela exercida pelo próprio imputado que pode renunciá-la. Tal direito pode se manifestar das seguintes formas: direito de postular pessoalmente e o direito de presença, chamado também de direito de audiência. O direito de postular pessoalmente admite ao imputado interpor recurso, impetrar *habeas corpus* etc; já o direito de presença permite acompanhar os atos de instrução, para que possa assegurar ao suposto indigitado autor do delito a oportunidade de auxiliar o advogado na defesa técnica.¹⁷²

É por essa razão que a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura o contraditório postergado. De fato, com esse entendimento a instância maior do Poder Judiciário vem garantindo ao defensor o direito ao acesso dos elementos informativos e de provas cautelares colhidas e já documentadas no caderno inquisitivo policial, para a defesa técnica estabelecer as estratégias de defesa:

Ementa: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DA AUTORIDADE RECLAMADA DEFERINDO ACESSO AOS DOCUMENTOS PRETENDIDOS. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL ATÉ QUE AS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS SEJAM EFETIVAMENTE CUMPRIDAS. QUESTÃO QUE REFOGE AOS LIMITES DA RECLAMAÇÃO. NÃO EVIDENCIADA A PRÁTICA DE ATOS VIOLADORES AO ENUNCIADO SUMULAR VINCULANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O enunciado sumular vinculante 14 foi firmado para assegurar ao defensor legalmente constituído “o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde

¹⁶⁹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 282.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁷¹ “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

¹⁷² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 284 e ss.

que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial”.¹⁷³

Portanto, o inquérito policial não pode ser mais tratado como “uma mera peça informativa”, sem valor probatório com sustenta a doutrina tradicional. De outra vertente, a investigação criminal defensiva, que tem por objetivo o contraditório proativo na prospecção da prova diretamente pela defesa técnica, garante a indispensável paridade de armas para evitar ações penais infundadas.

Embasando essa perspectiva, Aury Lopes Junior esclarece que na fase pré-processual, em regra, desenvolvida pela polícia judiciária, objetivo é verificar se há indícios de autoria e elementos informativos mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de processo criminal. Afinal, o processo judicial não tem como único fundamento a instrumentalidade, pois a investigação preliminar também atende a um patente interesse de garantias para a defesa, haja vista que, mesmo o inquérito policial sendo um procedimento claramente administrativo, pode ocorrer atos jurisdicionais, mediante decisão do magistrado, tais como a prisão temporária, preventiva ou a busca e apreensão, as quais são medidas restritivas de direitos fundamentais, além de evitar as acusações e os processos criminais infundados.¹⁷⁴

Nessa linha de raciocínio, Fauzi Hassan Choukr aborda o tema direito de defesa na fase investigativa na perspectiva de construção de justiça criminal voltada para evitar abusos dos agentes públicos, mesmo que seja na busca da repressão à criminalidade:

A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando

¹⁷³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 93.767. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 01 abr. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=748582510&pgI=101&pgF=105>>. Acesso em: 10 mai. 2019. No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu: EMENTA Agravo regimental na reclamação. Inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma. Agravo regimental não provido. 1. É necessário haver aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmas para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. O entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 14 visa a fazer prevalecer as garantias mínimas de exercício da ampla defesa pelo investigado, perante autoridade com competência de polícia judiciária, na fase inquisitorial do processo penal, garantindo o acesso do investigado e de seu defensor aos documentos e demais elementos de provas já documentados em procedimento protegido pelo sigilo previsto no art. 20 do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 19393. Relator Ministro Dias Toffili. Julgado em 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=748582510&pgI=101&pgF=105>>. Acesso em: 10 mai. 2019. (grifei)

¹⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumes jûris, 2001, p. 32-33.

com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão, mas, sobretudo, com a dignidade humana.¹⁷⁵

Pelo que se infere da argumentação, o inquérito policial não é absolutamente inquisitivo. De fato, a investigação criminal patrocinada pela polícia na primeira fase da persecução criminal deve observar os direitos e as garantias do imputado asseguradas na Constituição Federal. Ainda de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14, o sigilo do caderno inquisitivo policial é para as diligências futuras, o que não proíbe o advogado do imputado ter acesso às provas documentadas, conforme já explanado.

Apontadas essas nuances, pode-se dizer que o direito à defesa está inserido na categoria de direito fundamental, o qual decorre da dignidade da pessoa humana. Por esse prisma, a dignidade humana está no centro do sistema jurídico como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em que gravitam os princípios norteadores dos direitos fundamentais, como expõe George Sarmiento:

Mais do que categoria axiológica, a dignidade da pessoa humana foi elevada à dimensão jurídico-constitucional. É um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III). O Estado deve estar a serviço do homem, não o contrário. Nessa perspectiva, o princípio da dignidade ocupa a centralidade do sistema jurídico, devendo ser efetivado pelo Estado.¹⁷⁶

Ainda é relevante frisar o aspecto da dignidade da pessoa humana, como um princípio que serve de base para a interpretação de toda a ordem jurídica, enquanto categoria dos direitos fundamentais, como enfatiza Alberto Jorge Correia de Barros Lima:

Diante de sua densidade, o princípio da dignidade humana matiza-se em razão das características e do âmbito onde será aplicado, sempre irradiando efeitos obrigatórios. É que ele e os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional servem de base para a interpretação de toda ordem jurídica; de postulados-guias para nortear a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição e de critérios para apreciar a legitimidade das múltiplas manifestações do sistema de legalidade.¹⁷⁷

Volvendo para as garantias processuais do investigado, a atuação da Polícia Judiciária deve pautar-se pela legalidade e ser comprometida na busca da verdade real

¹⁷⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1995, p. 129.

¹⁷⁶ LINS JÚNIOR, George Sarmiento. As Gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. In: **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares**. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (Orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012, p. 123.

¹⁷⁷ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

material, sempre angariando elementos informativos e probatórios necessários para lastrar a futura ação penal. Isto faz com que as regras processuais da investigação criminal devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

De fato, por exemplo, o conduzido, ao ser ouvido, em sede do inquérito policial, na lavratura do auto de prisão em flagrante, tem direito ao silêncio, a garantia da não incriminação, extraída art. 5º, LIII, da Constituição Federal,¹⁷⁸ o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o que possibilita ao imputado o direito de autodefesa, o qual brota da ampla defesa.

Portanto, a afirmação de que é possível o exercício ao direito de defesa na fase do inquérito policial, materializados pelo contraditório e pela ampla defesa, se alinha com os postulados principiológicos da Constituição Federal.

2.4.1 O direito de defesa no inquérito policial como fase da persecução penal

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível, inalienável, inviolável e inderrogável para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados dos direitos fundamentais.¹⁷⁹ Entretanto, não há direito fundamental absoluto assegurado pela Constituição Federal, uma vez que há outros direitos envolvidos na investigação criminal, a exemplo do interesse público na busca da verdade para punir o culpado, que pode mitigar o direito de defesa.

Rogério Lauria Tucci, em trabalho que se insere nos direitos e garantias individuais na persecução penal, explicita que “a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”.¹⁸⁰ Com se depreende, o processualista tem a concepção que aproxima o direito de defesa como um instrumento de preservação da liberdade jurídica do indiciado, desde a fase pré-processual, com a finalidade de evitar abusos na *persecutio criminis*.

Com ponto de vista semelhante, Ada Pellegrini Grinover entende que, com a Constituição de 1988, sobreveio “o coroamento do caminho evolutivo da interpretação do

¹⁷⁸ “Art. 5º (...), LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 240.

¹⁸⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 23.

‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV”.¹⁸¹ Nessa linha de pensamento, a autora ainda acrescenta que as garantias do contraditório e da ampla defesa devem estar presentes em qualquer processo, onde haja acusação em geral:

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, passa o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações e geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes.¹⁸²

Na lição de José Cretella Júnior, ao se referir ao direito de defesa do inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, pontifica: “é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em *processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial*”.¹⁸³ Dessa maneira, alinhado a essa base teórica e partindo-se da premissa que o inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, logo, resta garantido o direito de defesa do imputado, enquanto uma fase da persecução penal.

Com pensamento equivalente, Marta Saad sustenta que o imputado pode exercer o direito de defesa na primeira fase da *persecutio criminis* como oposição ou resistência à imputação para demonstrar a inocência ou ter a culpabilidade reduzida:

Há de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente, e a admissibilidade de produção de provas por ele requeridas, indispensável à demonstração de sua inocência ou de sua culpabilidade diminuída.¹⁸⁴

Levando em conta essa argumentação teórica, as garantias fundamentais ao contraditório e ao direito de defesa no âmbito do inquérito são possíveis, já que consistem na possibilidade de se contrapor à imputação para a tutela da liberdade. Sob esse prisma, entende Aury Lopes Junior que: “é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada”.¹⁸⁵ Desse modo, o autor sustenta que, “trata-se de uma ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 82.

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 82.

¹⁸³ CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 534.

¹⁸⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 223.

¹⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2001, p. 283-284.

fundamentais”,¹⁸⁶ o artigo 5º LV, da Constituição Federal, por isso não pode ser objeto de interpretação restritiva, uma vez que a nova ordem constitucional é possível admitir o contraditório e a ampla defesa, ainda que com um alcance limitado que atenda às peculiaridades da investigação preliminar.

Por isso a hipótese firmada, nesta seção da pesquisa, a partir de autores, como Rogério Lauria Tucci, Antonio Scarance Fernandes, Marta Saad, Vicente Greco Filho, Welton Roberto, por exemplo, conduz à necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, ainda que seja diferido, como sustentam.

Entretanto, cabe uma crítica quanto ao contraditório diferido, haja vista que, só não seria permitido o contraditório pela autoridade policial, em casos que as diligências possam trazer prejuízos às investigações e a apuração dos fatos, a exemplo das buscas e apreensões, escutas telefônicas, prisões cautelares.

Neste contexto, volvendo-se para a investigação criminal defensiva, a defesa técnica não pode ser uma figura inerte na persecução penal, posto que o advogado deve buscar fontes de provas em favor do investigado, por meios próprios. Como se depreende, é preciso equilibrar a garantia constitucional da paridade de armas no processo penal, uma vez que a investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado, já que ele não pode ser um coadjuvante durante a persecução penal no exercício do seu múnus na administração da justiça.

Sobre o ponto, Welton Roberto defende que o direito de defesa na fase investigativa é uma questão constitucional de justiça paritária. Por essa razão, a defesa de forma proativa no curso da persecução penal “deixa para o passado o papel de ‘convidado de pedra’, que era relegado ao defensor”.¹⁸⁷ Daí ser plausível concluir que o exercício do direito de defesa deve ter início no inquérito policial para que seja eficaz, tempestivo, contínuo e unitário.¹⁸⁸

Dessa maneira, garantir ao advogado de defesa o contraditório e a ampla defesa para requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para um debate sobre a prova pericial, é hoje papel necessário e indispensável à nova ciência criminal que se abre para o futuro. Portanto, um novo comportamento proativo do advogado de defesa, desde a fase investigativa da persecução penal, é imprescindível para a paridade de armas, com viés na investigação criminal defensiva, uma vez que se concretiza o contraditório proativo na prospecção da prova, ainda que indiciária.

¹⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2001, p. 285.

¹⁸⁷ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134.

¹⁸⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

Volvendo para os limites dos direitos fundamentais, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em princípio, não há direitos fundamentais absolutos, no sentido de total imunidade a qualquer espécie de restrição. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, isso decorre da doutrina alemã denominada “limites dos limites” cujo objetivo é de coibir eventual abuso dos direitos fundamentais a ponto de esvaziá-los ou até mesmo aniquilá-los. Por outro lado, os tipos de limites às restrições aos direitos fundamentais, há certo consenso, via de regra, que nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional, bem como afetar o núcleo essencial do direito que seja objeto de restrição.¹⁸⁹

É justamente nesse contexto que o contraditório e a ampla defesa passaram a ocupar destaques no direito de defesa na persecução penal, notadamente na fase da investigação preliminar. Assim, faz necessário preservar um elemento nuclear intangível do direito de defesa, essencial ao devido processo legal, que vai garantir uma persecução penal justa em função de sua ação protetora dos direitos fundamentais tais como: vida, liberdade e patrimônio. Neste ponto, merece lembrar que no Estado de Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais, não pode haver imposição de forma absoluta contrária à defesa técnica para o seu exercício durante a fase investigativa.

É por essa razão que há argumentos em prol da relativização do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial fundada no eventual conflito entre o direito fundamental das vítimas à não-impunidade do culpado e o *jus puniendi versus* liberdade individual. É de se ver ainda que, na visão de Eugênio Pacelli, mesmo defendendo a inquisitorialidade na fase investigativa, sustenta que a tutela dos direitos fundamentais permeia a Constituição Federal como um modelo garantista, mesmo que ela não contemple os dez axiomas fundamentais elencados por Luigi Ferrajoli.¹⁹⁰

Justamente a partir dessa premissa, a persecução é uma garantia fundamental de promover o quanto possível, em tese, a igualdade em paridade de armas entre as partes na busca sempre do justo processo. Nesta perspectiva, o direito fundamental à defesa em contraditório pode ser exercido desde a fase preliminar da persecução penal.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118-119.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 127.

2.5 O contraditório e a ampla defesa no inquérito policial pela perspectiva da investigação criminal defensiva

Os panoramas doutrinário e jurisprudencial retratam divergências para o problema do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial. Porém, cabe destacar que a doutrina clássica é majoritariamente contrária à aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa nesta fase da persecução penal, sendo essas garantias do imputado somente asseguradas na fase da instrução processual.

A justificativa da doutrina dominante para tal conclusão é o fato de o inquérito policial ter natureza meramente inquisitiva, administrativa, peça informativa com sigilo absoluto, o que não comporta a atuação da defesa técnica do imputado, para o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa. É por essa razão que Alexandre de Moraes sustenta que o inquérito policial sequer é um procedimento, dado que lhe falta a característica essencial, que seria a formação de atos que devam obedecer a uma sequência preestabelecida em série pela lei processual, que precisa ser necessariamente observada.¹⁹¹

No mesmo sentido, Estêvão Luiz Lemos Jorge sustenta que não é possível o contraditório no inquérito policial pelo fato de possuir a característica mais relevante: a inquisitorialidade com natureza administrativa. Desse modo, o inquérito não assume uma relação jurídica instrumental de condição de processo “não havendo litígio a ser solucionado no âmbito do inquérito policial, por óbvio não se pode falar em conflito de interesses, como ocorre em um processo”.¹⁹²

Ainda é relevante destacar outro argumento da doutrina que rechaçar a possibilidade do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial, é pelo fato de que na norma do art. 5º, LV, da Lei Maior, não consta a palavra “indiciado”, mas “litigantes ou acusado”. Diante da interpretação literal desse dispositivo constitucional, levam esses autores a raciocinarem que, se no Código de Processo Penal nos art. 4º e 23 tem a palavra “indiciado”, é porque não é possível o contraditório e a ampla defesa na fase preliminar da persecução criminal:

¹⁹¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133. A concepção de processo teorizada pela doutrina majoritária é no sentido de conjunto de atos preordenados e a um fim no exercício da jurisdição. Nesse sentido: “O processo é uma sequência de atos, agrupados de forma orgânica e teleológica, utilizada pelo órgão jurisdicional para o julgamento da pretensão do autor ou de sua admissibilidade. Já o procedimento tem uma noção meramente formal, nada mais sendo do que a direção que os atos processuais tomam, ou seja, o rito a ser imprimido aos atos do processo. Em outras palavras, o procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo”. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

¹⁹² JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito penal à luz dos princípios constitucionais**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015, p. 99.

A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada *inquérito policial* não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o vigente texto constitucional, pois nela ainda não há acusado, mas mero indiciado – com a consequência de que o inquérito não será apto a gerar, por si próprio, uma imposição de pena a esse sujeito. Permanece de pé a distinção do Código de Processo Penal, que trata do Inquérito nos arts. 4º e 23, e da instrução processual nos arts. 394 e 405.¹⁹³ (*sic*)

Pelo que se infere desses argumentos, estaria afastada qualquer possibilidade de participação da defesa técnica do imputado durante o curso da investigação preliminar. Nessa linha de raciocínio, José Frederico Marques cita que: “(...) não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação”.¹⁹⁴ No mesmo sentido, Fernando Capez, afirma que: “O inquérito policial é secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa”.¹⁹⁵ Por seu turno, Fernando da Costa Tourinho Filho salienta que caso houvesse a aplicação do contraditório ao Inquérito Policial, “difícilmente vingariam as ações penais”.¹⁹⁶ Por fim, Paulo Rangel escreve que: “O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial”.¹⁹⁷ Citando essas vozes doutrinárias, nota-se que o inquérito policial tem como característica essencial a inquisitorialidade, além de não haver uma relação processual estabelecida, portanto, não comporta o contraditório e a ampla defesa.

Em entendimento contrário, Rogério Lauria Tucci defende a necessidade do contraditório e da ampla defesa durante todos os atos da persecução penal, inclusive “desde a fase pré-processual da investigação criminal”.¹⁹⁸ Com pensamento semelhante, Antonio Scarance Fernandes aduz sobre a necessidade de se admitir a atuação da defesa técnica durante a primeira fase da *persecutio criminis*, para resguardar os interesses do imputado, exceto nas diligências que podem resultar em prejuízos para as investigações.¹⁹⁹

¹⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

¹⁹⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.I. ed. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 151.

¹⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 119.

¹⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 75.

¹⁹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2002, p. 85.

¹⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 205.

¹⁹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

Cândido Rangel Dinamarco sustenta que “o processo não se reduz à mera sequência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença”.²⁰⁰ Por esse prisma, o autor compreende que todo procedimento que enseja o contraditório caracteriza-se como processo, posto que o processo não é algo distinto do procedimento, nem algo fora dele. Nesta toada, o doutrinador sintetiza:

No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal.²⁰¹

Nessa linha de argumentação, percebe-se que na fase da investigação policial já há um lastro probatório mínimo, para a futura ação penal, quanto às provas cautelares e às provas não repetíveis. Dessa maneira, nada impede à defesa técnica ter amplo acesso aos elementos informativos documentados no caderno investigativo policial para exercer o direito de defesa nesta fase da persecução penal:

O *inquérito policial* é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não *acusado*, ou *réu*), mas não se pode negar que após o *indiciamento* surja o conflito de interesses, com *litigantes* (Const., art. 5º, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em contraditório diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado não de ser plenamente tutelados no inquérito policial.²⁰²

Nessa direção, Rosmar Rodrigues de Alencar entende que a prova pericial na fase investigativa, “embora não se constitua prova em sentido estrito (sendo, a rigor, elemento de informação, em face da sua produção sem observância do contraditório), o exame pericial é reconhecido pelo texto da lei processual com apto a fundamentar sentença penal condenatória”.²⁰³ Com efeito, o Código de Processo Penal autoriza a condenação com fundamentação exclusivamente no laudo pericial juntado no inquérito policial, em virtude de, em regra, ser a prova não repetível.

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149.

²⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 150.

²⁰² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

²⁰³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 493.

Do acervo jurisprudencial, o princípio do contraditório não se aplica ao inquérito policial sob o argumento de que nessa fase da persecução penal não há instrução criminal e sim investigação criminal de natureza inquisitiva e administrativa, sendo uma mera peça informativa destinada à formação da *opinio delicti do Parquet*.²⁰⁴

Por outro lado, cabe frisar, mais uma vez, que a Suprema Corte decidiu que o advogado pode ter amplo acesso aos autos do caderno investigativo policial quantos elementos informativos já documentados que estejam relacionados ao imputado, nos termos da Súmula Vinculante nº 14, que, em certa medida, minimiza a característica inquisitorial do inquérito policial.²⁰⁵

Não há dúvidas que na atualidade, ainda que durante as investigações na fase pré-processual da *persecutio criminis*, pode-se admitir a atuação da defesa técnica. Desse modo, centrando o foco na possibilidade do contraditório na fase investigativa, Vicente Greco Filho justifica o contraditório diferido:

(...) o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõem a bilateralidade do processo. Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo, menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório e a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática. Assim, por exemplo, é válida a prova pericial realizada na fase do inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada possa ser refeita. **O contraditório, que é instrumento técnico da ampla defesa, deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto da constituição anterior.**²⁰⁶ (grifei).

Com pensamento no mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci sustenta pela possibilidade do contraditório no âmbito do inquérito policial. O autor denomina de contraditório “*posticipato ou diferido*”, o que, em tese, não viola a “garantia da bilateralidade da audiência”.²⁰⁷ Note-se que está caracterizado o contraditório diferido ou postergado, uma vez

²⁰⁴ Neste sentido, STF, HC 55.447, DJU 16.9.77, p. 6281. No mesmo sentido: TACrimSP, RT 522/396 e 577/453. In: JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 7. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

²⁰⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 88190. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 29 ago. 2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759819/habeas-corpus-hc-88190-rj> > Acesso em: 10 mai.2019.

²⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110-111.

²⁰⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 225.

que permite a possibilidade para a defesa técnica ter acesso às informações documentadas do inquérito policial.

Como já reportado, não se revela muito satisfatória a invocação da tese do contraditório diferido no inquérito policial, posto que a vedação do contraditório na fase preliminar deve se dar para diligências que podem colocar em risco o sucesso das investigações oficiais. Diante dessa crítica, valer dizer que é plenamente possível durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, o imputado ser assistido por advogado, inclusive, ter direito à entrevista reservada com ele, antes da sua oitiva em sede de interrogatório policial. Destaque-se ainda que se faculte ao advogado, inclusive com a indicação de perguntas ao imputado, o que de certa forma garante a presença da defesa técnica na fase da investigação preliminar.

Na ótica de Aury Lopes Junior, o espaço dado à defesa técnica para exercer o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial é muito limitado.²⁰⁸ Entretanto, segundo o autor, pelo aspecto pragmático, pode o defensor fazer requerimentos de diligências técnicas, nos termos do art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.²⁰⁹

Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes defende a possibilidade da investigação direta pela defesa, o que poderá proporcionar equilíbrio na produção da prova com o Ministério Público, a exemplo do que ocorre na Itália:

No Brasil, o art. 14 do Código de Processo Penal permite ao indiciado requerer diligências, ficando a sua realização na dependência do arbítrio da autoridade policial. Não há previsão sobre a possibilidade de o investigado obter elementos de prova para a sua defesa. Nem está ele impedido de investigar. O exemplo do que ocorreu na Itália mostra ser necessária, entre nós, maior participação da defesa na investigação, evitando-se que o avanço para essa etapa do Ministério Público represente excessivo desequilíbrio de forças entre a defesa e a acusação.²¹⁰

Destacando as dificuldades acentuadas em torno do direito de defesa na fase do inquérito policial, é preciso superar o paradigma de que o inquérito policial é “uma mera peça informativa”, em que não há contraditório e direito de defesa para o imputado. Neste sentido,

²⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2001, p. 307.

²⁰⁹ BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

²¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 268-269.

Welton Roberto defende uma visão instrumentalista da investigação criminal defensiva no inquérito policial, a qual se materializa no contraditório e na ampla defesa:

Não se poderá mais viver com um contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, enquanto a outra é sempre notificada e cientificada para encontrar falhas, defeitos, obscuridade naquilo que se apresenta, impedindo-a de realizar também sua própria busca probatória, pois assim o estado de garantia de ampla defesa estará manietado e obstaculizado pelas normas infraconstitucionais, o que inviabiliza uma verdadeira condição paritária na concepção da prova.²¹¹

Neste momento, algumas indagações se colocam: se o devido processo legal é albergado em procedimentos administrativos, por que a doutrina clássica nega ao imputado no curso do inquérito policial, o contraditório e o direito de defesa, haja vista que a mesma doutrina classifica o inquérito policial como um procedimento de natureza administrativa?

Em esforço de síntese, cabe ressaltar que o inquérito policial contém peças judicializadas, tais com: mandado de prisão, mandado de busca e apreensão, autorizações judiciais de escutas telefônicas, prisões cautelares e outras tantas peças que passam pelo controle judicial e parecer do Promotor de Justiça. Ademais, quando o inquérito policial tem início com o auto de prisão de flagrante, o Juiz competente, ao homologá-lo, faz o controle da legalidade da prisão, bem como o Promotor de Justiça e o Defensor Público são comunicados da referida prisão, nos termos do art. 306 do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, pelo prisma instrumental do inquérito policial, ele deve estar pautado necessariamente pela legalidade estrita, a exemplo das formalidades do auto de prisão em flagrante, das diligências com reserva de jurisdição pela busca da prova lícita, que objetivam evitar o abuso de autoridade. Desse modo, o caderno investigatório policial não tem um fim em si mesmo, logo, os elementos informativos e demais provas irrepetíveis angariadas no curso da investigação dos órgãos de persecução penal servirão de base ao processo judicial na seara criminal.

A propósito, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo enfatiza que o inquérito policial tem sua atuação e forma de atos administrativos, porém seus fins são judiciários:

No procedimento do inquérito, encontra-se, portanto, conjunto de atos de instrução; transitórios uns, de relativo efeito probatório e definitivos outros, de efeito judiciário absoluto. Melhor, pois, afirmar que a polícia, enquanto judiciária e o inquérito, que ela faz, exsurtem administrativos, por sua atuação e forma, mas judiciário, nos seus fins.²¹²

²¹¹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

²¹² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987, p. 22.

Infere-se então que a primeira fase da persecução criminal não é absolutamente inquisitiva. De fato, a autoridade investigante deve observar os direitos e as garantias do sujeito investigado previstos na Constituição Federal, dentre elas à vista aos elementos informativos já encadernados, já que o sigilo no inquérito policial é para as diligências policiais futuras. Levando em consideração essas ilações, cabe apontar nos termos do inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Advocacia,²¹³ que a investigação defensiva possui poderes investigativos por autoridade própria, por força da paridade de armas e do direito à defesa.

Com base nessas argumentações, calçado no aporte teórico doutrinário, jurisprudencial e legal apresentado, resta claro que é plenamente possível o contraditório, ainda que diferido ou postergado, bem como a ampla defesa, a qual se desdobram na autodefesa e na defesa técnica, estão presentes no curso do inquérito policial. Daí que, para o contraditório proativo, a produção da prova diretamente pela defesa técnica em paridade de armas, não há a necessidade de requerimento à autoridade policial, nos termos do art. 14 do Código de Ritos, em razão de o direito fundamental de se defender provando, que se materializa na investigação criminal defensiva.

2.6 A investigação criminal defensiva como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa

No sistema processual penal acusatório, o direito à defesa é um direito fundamental assegurado de participação das partes na seara processual para o equilíbrio de forças em paridade de armas. Sob esse prisma, pode-se dizer que a relação entre a defesa, o contraditório e a ampla defesa estão intimamente interligados pela própria natureza com investigação criminal defensiva.

Assentada essa ideia inicial, André Machado destaca que a investigação criminal defensiva é “uma garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos fundamentais de igualdade e defesa”.²¹⁴ Por essa razão, a investigação criminal defensiva é uma ferramenta

²¹³ “Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”. BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 08 abr. 2020.

²¹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

que visa a garantir o equilíbrio em paridade de armas entre a defesa técnica do imputado e os órgãos oficiais de investigação, em um sistema penal acusatório, à medida que asseguram, em tese, a equidade entre partes e reforça o direito de defesa, os quais são direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, que se materializam no contraditório e na ampla defesa no inquérito policial, que, em certa medida, aumenta a eficiência da Justiça Penal.

Pelos fundamentos alinhados, Welton Roberto sustenta que o verdadeiro sistema acusatório se dá com formação da prova pela defesa, porquanto assume papel decisivo para o *quantum* de verdade ao sistema penal garantista:

Assim destacamos de um sistema verdadeiramente acusatório:

1. A participação da acusação e da defesa em bases paritárias em cada fase e grau do procedimento;
2. O interrogatório como instrumento de defesa;
- 3. A investigação defensiva;**
4. A previsão normativa de se nomear um defensor para a constituição dos direitos civis;
5. A assistência do defensor a todos os atos, com exceção daqueles que devem ser realizados com algum sigilo;
6. A imparcialidade do juiz (*la terzietà del giudice*).²¹⁵ (grifei)

Considerando esses argumentos, é preciso reconhecer na prática forense a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica, por meio da investigação criminal defensiva, com o mesmo grau de confiabilidade e autenticidade da investigação pública. Sob outro enfoque, a investigação defensiva tem a finalidade de dar efetividade ao direito fundamental à prova.

Pode se dizer que o direito fundamental à prova permite o exercício do direito de defesa, em paridade de armas, além das garantias constitucionais da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, os quais são os pilares do regime constitucional de direito. Até porque o direito de defesa se vincula aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, consagrados e garantidos em praticamente todas as cartas políticas liberal-democráticas.²¹⁶

Nessa linha de raciocínio, é necessário que a defesa técnica do imputado tenha a função também de integrar a formação da prova no curso da persecução penal. Desse modo, são importantes essas observações, já que o procedimento investigatório pode ser conduzido pelo defensor do suposto indigitado autor do delito para requer diligências no curso do inquérito policial, conforme prevê o art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu

²¹⁵ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 67.

²¹⁶ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134.

representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.²¹⁷

Note-se que a investigação por autoridade própria da defesa é uma função nova no sistema processual penal brasileiro, entretanto no sistema de persecução penal italiano e americano o advogado tem o direito e um dever de buscar provas técnicas que possam ser favoráveis ao imputado desde a fase preliminar da persecução penal. Daí que o advogado, nesses sistemas penais alienígenas, detém poderes investigatórios próprios, o que representa uma grande importância nas investigações privadas, uma vez que ele buscará elementos probatórios favoráveis ao seu cliente.

No Brasil, a Constituição Federal assegura ao advogado o pleno exercício da profissão, nos limites da lei, como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações, nos termos do art. 133, que dispõe: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.²¹⁸

Desta forma, é extremamente importante que se garanta à defesa técnica do imputado, por autoridade própria, práticas de atos, tais como: requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, com o propósito de assegurar o contraditório e a ampla defesa durante o curso do inquérito policial, como um viés da investigação criminal defensiva. Neste diapasão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou uma regulamentação, por ato normativo, Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018, que traz no seu art. 4º a condução das diligências e os limites da investigação defensiva.²¹⁹

Há que se enfatizar ainda que a Constituição de 1988 alargou significativamente na seara dos direitos e das garantias fundamentais, com a finalidade de projetar a construção de

²¹⁷ BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

²¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. > Acesso em: 05 abr. 2020.

²¹⁹ “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo”. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso: em 15 mar. 2021.

um Estado Democrático de Direito. A propósito, Flávia Piovesan destaca que os direitos e as garantias fundamentais são “destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.²²⁰

Por fim, a investigação criminal defensiva concretiza o cânone constitucional da justa persecução penal, como direito fundamental à liberdade e à garantia da inviolabilidade do direito de defesa para a produção da prova por autoridade própria. Neste diapasão, a defesa técnica do imputado pode exercer as garantias constitucionais do contraditório proativo e da ampla defesa na fase investigativa, de tal modo que o sigilo do inquérito policial tem limites, uma vez que o imputado não pode ser mais visto como um simples objeto da investigação.

²²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: DIREITO FUNDAMENTAL À PRODUÇÃO DA PROVA COMO TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 O conceito de prova e sua finalidade na investigação criminal defensiva

Para estabelecer um conceito, torna-se necessário compatibilizar os seus elementos e estabelecer os contornos do instituto jurídico, para não incorrer em divergências de emprego na formação conceitual. Nesta toada, Rosmar Rodrigues de Alencar realça que o conceito é mais abrangente que a definição e, com razão, esclarece que o conceito possibilita o acesso ao conhecimento, sendo uma “noção de natureza axiológica, valorativa, seletora de propriedades dos predicados (termos) que a ocorrência deve ter para fazer parte da descrição típica”.²²¹ Por outro lado, a definição “é operação de natureza lógica, delimitadora de limites, fronteiras, lides que isolam o âmbito de irradiação semântica de um conceito, ideia ou noção dando-lhe identidade, para que o discurso seja construído de forma coerente”.²²²

De fato, firmar um conceito de prova não é tarefa fácil, haja vista que o termo enseja vários sentidos na teoria geral do processo, em decorrência de seus múltiplos significados e uso diversificado na persecução penal. Por essa razão, a proposta, neste ponto, é examinar sua função e a sua finalidade que conferem um sentido para sua aplicabilidade na investigação criminal defensiva, com o objetivo de tutelar o direito fundamental do imputado à produção da prova, em um viés de contraditório proativo, na busca da verdade real, enquanto fato no mundo real, ensejador da disputa na relação processual em paridade de armas.

Esse estudo é relevante, tendo vista que proporciona os elementos necessários para distinguir a finalidade da prova dentro do processo penal, porquanto não é utilizada de maneira uniforme pela doutrina. O ponto de partida para estabelecer uma noção do conceito de prova penal, sob o prisma jurídico, é especificar as diferentes acepções no campo processual penal. Neste sentido, o conceito de prova na seara da persecução penal tem uma importância para fixar a sua função de direito à produção prova pela defesa técnica para tutelar à garantia fundamental do imputado à reação defensiva. Nesse diapasão, os aspectos teóricos no conceito de prova são constituídos pelo entrelaçamento das categorias: elemento de prova, meio de prova e instrumento de prova. Com se depreende, as concepções doutrinárias, quanto ao conceito de prova, evidenciam significativos aspectos que convergem para a busca da verdade no campo pragmático. Nessa lógica, o termo prova apresenta

²²¹ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 16.

²²² ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 16.

variações de sentido devido à natureza polissêmica nos discursos dos juristas empregada na linguagem do processo, o que leva uma diversidade de significados.²²³

Centrando o foco no conceito de prova do ponto vista jurídico, Gustavo Henrique Badaró elenca conceitos de atores consagrados: Moacir Amaral dos Santos adota “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”; para Francisco Augusto das Neves e Castro “prova é a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo”; Echandia “prova é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”.; segundo Cândido Dinamarco, “prova é um conjunto de atividades de certificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”.²²⁴

Por seu turno, Nicola Framarino Dei Malatesta, em seu estudo clássico sobre provas em matéria criminal, propôs uma linha pensamento que considera a natureza, a produção e os efeitos que ela produz perante aos destinatários: “A prova pode ser considerada sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção, e quanto ao efeito que acarreta ao espírito daqueles perante quem é produzida”.²²⁵ Desse modo, claramente se conclui que o vocábulo prova apresenta uma diversidade de significados, como atividade probatória e atos praticados.

Na acepção probatória, o sentido de prova é o resultado da atividade das partes em ação para demonstrar, o que leva ao convencimento do juiz sobre existência ou não de um determinado fato. Assim, entende Fernando da Costa Tourinho que “provar, é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios que pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do se alega.”²²⁶ Por outro lado, na acepção de atos praticados, prova é o resultado da atividade probatória, com a finalidade de convencimento do juiz, como defendem Rosmar Rodrigues de Alencar e Nestor Távora: “A prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”.²²⁷

Assentadas as premissas sobre o conceito de prova, a outra vertente que gira em torno do vocábulo prova é o objeto da prova. Por essa razão, para se demonstrar o que as

²²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005, p. 303-318.

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.157-158.

²²⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. V.1. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 87.

²²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 553.

²²⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p.308.

partes alegam na persecução penal, seja de forma direta ou indireta, são utilizados os meios de provas em uma perspectiva de percepção da verdade e formação do convencimento. Desse modo, não há taxatividade na lei para a busca da demonstração da verdade, que de certo modo faz surgir uma liberdade das partes para a produção da prova, o que permite a utilização de meios probatórios não previstos em lei, desde que sejam moralmente legítimos e respeitadas as garantias constitucionais. Neste diapasão, é de fundamental importância a distinção que a doutrina faz entre o objeto da prova e o objeto de prova: o primeiro são os fatos relevantes, o acontecimento que deve ser levado ao julgador para que possa emitir um juízo de valor, enquanto o segundo é o que precisa ser provado, o que é pertinente.²²⁸

Volvendo para a finalidade da prova na investigação criminal defensiva, no curso da persecução penal, é proporcionar ao imputado os meios de provas admitidos em direito, desde a fase da investigação preliminar. Com efeito, a atividade probatória da defesa técnica vai levar as condições de equidade de armas e o exercício efetivo do direito de defesa de modo proativo, na busca de evidências de convicção da demonstração da veracidade dos fatos alegados.

Além disso, a investigação criminal defensiva se desdobra no direito fundamental à prova, por meio das fontes de provas para o justo processo penal acusatório em paridade de armas, já que a defesa técnica tem autonomia na produção direta da prova para demonstrar a inocência ou buscar uma situação que seja mais favorável ao imputado no curso da persecução criminal.²²⁹

Dai ser plausível concluir que atividade probatória é uma garantia fundamental do imputado para a demonstração da verdade que se apura no processo. Corroborando essa afirmação, Franklyn Roger sustenta que:

A atividade probatória é um aspecto lógico do devido processo legal e deve se inserir no rol de garantias processuais, dentre elas a ampla defesa e o contraditório. A prova deve ser compreendida como o conjunto de atos produzidos dentro ou fora do processo e que se destinam à verificação e elucidação de determinado fato sendo submetidos ao contraditório e à valoração na relação processual.²³⁰

Como se infere, a investigação defensiva permite ao imputado a utilização probatória produzida diretamente pela defesa técnica para o convencimento do magistrado para fundamentar e sustentar suas teses de defesa. Neste contexto, a atividade probatória da defesa

²²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 311.

²²⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

²³⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 58.

se insere no rol das garantias fundamentais processuais, dentre elas: o direito à produção da prova, à ampla defesa, ao contraditório e à paridade de armas, entre outros.

Portanto, apontadas essas nuances sobre o conceito de prova, é possível compreender os seus múltiplos significados e sua aplicabilidade na persecução penal em “busca da verdade real” na tutela do direito fundamental à prova. No próximo tópico, o estudo avança na discussão de que há uma íntima relação entre os sistemas de persecução penal e a produção da prova pelas partes, para se demonstrar a veracidade dos fatos alegados, sob os aspectos teóricos do direito fundamental à prova.

3.2 A relação entre os sistemas de persecução penal e a gestão na produção da prova: condição *sine quan non* ao devido processo legal

Devido às peculiaridades e às características dos sistemas de persecução penal, a doutrina faz uma divisão clara e didática dos sistemas inquisitivo e acusatório. Essa dicotomia é tomada como modelos em que se desenvolveram em momentos de contexto históricos e culturais distintos, em que cada sistema possui seus princípios reitores do ponto de vista teórico predominante de garantias processuais.

Hélio Tornaghi adverte que os sistemas de processo penal se apresentam, através da história, sob três formas distintas: acusatória, inquisitória e mista. Na forma acusatória, as funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos distintos, enquanto no sistema inquisitório estão confinados ao mesmo órgão. Entretanto, é errado atribuir ao processo inquisitório às características do sigilo e da escritura, enquanto ao processo acusatório a oralidade e publicidade.²³¹

O processo inquisitório surge na verdade de uma exigência de “cientificidade” relativamente para substituir o rito da “ordália” do juízo divino na busca da verdade a ser alcançada pelo Juiz-Acusador. Neste contexto, o processo acusatório perturbava a busca da verdade, o que se busca a confissão do imputado a qualquer custo como prova privilegiada que vai dirimir a raiz do conflito. Diante, dessa sistemática, a tortura é plenamente justificada no rito inquisitório na era medieval, que não era entendida como pena, mas instrumento *ad eruendam veritatem*, ou seja, instrumento para se descobrir a verdade.²³²

Para evitar que os humildes fossem vítimas dos poderosos e que os homens de bens sofressem com a exposição de suas intimidades, bem como para segurar o bom êxito das

²³¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9.

²³² BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008, p. 166.

investigações, o processo passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os atos. O juiz detinha os mais amplos poderes de investigação, longe para satisfazer a verdade ficta, para apurar os fatos em sua materialidade, após passava-se à responsabilidade do suspeito.²³³

O segredo, o emprego da tortura para obter confissão, a concentração de poder nas mãos do julgador transformou o processo inquisitório em instrumento perigoso e não oferecia segurança jurídica aos imputados. Desse modo as arbitrariedades no curso do processo eram constantes com o objetivo da confissão da culpabilidade. O sistema inquisitório se consolidou na Europa, com exceção da Inglaterra, desde o século XVI, com um dos instrumentos de formação e consolidação do Estado Absolutista.

Para a época do apogeu do sistema inquisitivo, revelou-se como instrumento tecnicamente incapaz de oferecer um julgamento justo. Com efeito, a falta de denúncia formal, impossibilitava de o imputado de oferecer sua defesa convenientemente, além disso, “a prevenção criada no espírito do inquisidor não lhe permite um julgamento psicologicamente imparcial”.²³⁴

Com a racionalização das ideias iluministas na seara penal, as formalidades do sistema inquisitivo são transformadas para atos processuais, em que se devem obedecer a uma sequência lógica e se sucedem sob determinadas formas já estabelecidas. Além disso, transformou a fisionomia da persecução penal, ao garantir o imputado com sujeito de direito, e não apenas como um objeto de investigações. Destaque-se ainda que o juiz deixa suas funções investigativas para se colocar como um árbitro imparcial entre acusação e defesa, em uma relação processual, ao menos, em tese, como afirma Pimenta Bueno:

A vitória da Revolução Francesa e dos princípios humanitários de BECCARIA trouxe procedimento acusatório, o réu passou a ser sujeito de direitos processuais. o juiz se despiu de sua funções persecutórias para colocar-se como árbitro imparcial entre acusação e a defesa.²³⁵(*sic*)

Para a doutrina dominante, não se confundem as tipologias dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório quanto aos aspectos jurídicos e históricos. Por sistema de modelo processual acusatório entende-se aquele que é fundado na igualdade entre as partes, oralidade e publicidade dos atos. Além disso, a formação da prova em contraditório faz-se embasada na

²³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 33.

²³⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p.16.

²³⁵ BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Ed. anotada atual. e complementada, por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 9.

neutralidade e na livre convicção do juiz para avaliar a prova com racionalidade, em uma situação ideal. Por outro lado, o sistema inquisitivo se caracteriza pela identidade do juiz e do acusador no mesmo sujeito, pelo segredo dos atos e por sistema de provas privilegiadas ou legais.

Portanto, já mencionado, por questões condicionantes históricas, está sedimentado na doutrina que o processo inquisitivo apresenta as características: secreto, escrito e não contraditório. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se no mesmo órgão, que é o julgador que inicia o processo, colhe as provas e profere a decisão final. Assim, o sistema de perseguição penal inquisitivo não reconhece a paridade de armas entre as partes e as garantias ao imputado, o qual é tratado como um mero objeto do processo, ao ponto de para obter a confissão, rainha das provas, ser admitida. Por outro lado, no processo acusatório, as partes, acusação e acusado, encontra-se em situação de igualdade, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade.

Entretanto, Bettiol, faz a observação de que “tal é a modelística abstrata. Em concreto nenhum modelo se apresenta historicamente no estado puro”.²³⁶ De fato, é possível que, a rigor, as características de cada sistema de persecução penal deixem de apresentar suas peculiaridades próprias de formas estanques e individualizadas. Esses modelos são abstrações, não se pode afirmar que existem ou existiram os sistemas de persecução penais acusatórios ou inquisitivos de forma pura na sua estrutura. Percebe-se uma alternância e combinações das características dos sistemas de processo penal e, entre os doutrinadores processualistas, uma carga ideológica e emotiva para a distinção entre os sistemas de persecução penal acusatório e inquisitivo.

Após esses breves comentários, daí a conclusão de que a busca pela prova na *persecutio criminis* no sistema acusatório é estabelecida por parâmetros alicerçados nas garantias processuais. Por outro lado, o sistema inquisitivo seria caracterizado por uma conotação negativa, que visa aos valores de defesa da sociedade com supressão de garantias constitucionais.

3.2.1 A gestão da prova nos sistemas de persecução penal: sistema inquisitivo e contraditório

Os sistemas de persecução penal têm uma íntima relação com o regramento para a gestão da prova penal. Com efeito, no sistema inquisitivo, a matéria probatória é pouco

²³⁶ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008, p. 163.

regulamentada para “a busca da verdade real”, sendo admitida qualquer meio de provas para a imputação do fato típico ao agente, mesmo as provas ilícitas, ao contrário do que acontece no sistema acusatório em que a atividade probatória tem a tendência de ser regrada a uma dogmática jurídica cuidadosa e minuciosa, com a finalidade de se garantir a segurança jurídica às partes.

Como lembra Paolo Tonini, o princípio da autoridade fundamenta o sistema inquisitório, posto que conferem amplos poderes ao sujeito inquisidor na busca das fontes de provas. De fato, o inquisidor acumula todas as funções processuais, atuando, ao mesmo tempo, no curso da persecução do crime como juiz, acusador e defensor do imputado, o que são atribuídos amplos poderes para a investigação, a admissão, a produção e a valoração da prova. Diante desse contexto, não há instrumentos de controle na produção da prova, já que qualquer prova produzida é admitida a sua entrada no processo para possibilitar ao “juiz inquisidor” o acerto da verdade. Por outro lado, o sistema acusatório fundamenta-se pelo princípio dialético no acerto da verdade, na distribuição das funções processuais e na imparcialidade do juiz, o qual está incumbido em decidir com fulcro no acervo probatório trazido pelas partes em contraditório.²³⁷

Na mesma linha de pensamento, Antonio Magalhães Gomes Filho faz uma importante distinção entre o sistema de persecução penal inquisitório e contraditório no espectro dos métodos de obtenção da prova para a descoberta da verdade:

No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos.²³⁸

Por essa perspectiva, a doutrina sustenta que a regulamentação é mais específica em matéria probatória na persecução penal do sistema acusatório, que funciona como instrumento de controles epistêmicos para os agentes públicos na marcha do processo. Neste contexto, a positivação da cadeia de custódia da prova no sistema jurídico brasileiro teve com um dos objetivos garantir o direito fundamental à prova lícita, da qual decorre outras garantias, tais

²³⁷ TONINI, PAOLO. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16-17.

²³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 251.

como o contraditório à prova e a paridade de armas na persecução penal, que são os pilares da investigação criminal defesa.

Esse estudo reforça a vertente de que a prova vai legitimar o processo na busca pela verdade no aspecto demonstrativo, o que é um dos pilares do sistema de persecução penal acusatório, em que as partes são livres para produzir a prova, mas com observância na lei, conforme preceito constitucional previsto no art. 5º LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Daí a necessidade de se estabelecer filtros para a produção da prova, o que é o propósito da cadeia de custódia da prova na persecução criminal no sistema acusatório, conforme sublinha Geraldo Prado:

O filtro processual contra as provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de provas e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.²³⁹

No que toca aos modelos de Estado, é possível inferir que há uma íntima ligação sob o prisma das formas de Estado com os sistemas processuais penais. Desse modo, fica claro que o processo inquisitivo é ligado aos regimes autoritários, enquanto o processo acusatório é a expressão do Estado liberal-democrático. Essa relação da natureza do Estado se assemelha a concentração de poder nas mãos de um único sujeito, nos Regimes Absolutistas. Em contrapartida, no processo penal acusatório tem o princípio da separação dos poderes do Estado, que, em tese, impede a concentração de poder, o que evita o abuso.²⁴⁰

Por outro lado, Claus Roxin leciona que nos sistemas de persecução penal de Estados totalitários, o imputado é apenas um objeto de investigação e não pode exercer o seu direito de defesa, quando esse entrar em conflito com os interesses do Estado:

En el Estado absoluto o totalitario el imputado es, exclusivamente, objeto del procedimiento (inquirido, objeto de la investigación) o, al menos, no puede ejercer, en la práctica, los derechos que le corresponden según el orden procesal, cuando esos derechos entran en contradicción con los intereses de poder de la conducción del Estado. El instituto del procedimiento penal característico para ello es el *tormento* (tortura, interrogatório coactivo), que en el absolutismo estaba previsto por la ley y en el Estado totalitario es practicado una y otra vez, incluso contra la ley, com fundamento en la "razón de Estado".²⁴¹

²³⁹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 85.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

²⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traducción de la 25 edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. PastorBuenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 10.

Como decorrência, sem dúvidas que o processo penal no sistema acusatório é um instrumento epistemológico que pretende ser construído no conhecimento racional, através de normas. Assim, verificar a constatação da infração penal, obriga o dever de punir, mas é preciso legitimar o exercício do poder estatal, que por outro lado, o próprio Estado impõe limites aos atores da persecução penal no exercício de suas funções.²⁴²

Com essas ponderações, portanto, existe uma nítida relação entre os sistemas de persecução penal e a atividade probatória. No sistema inquisitivo se caracteriza pela identidade do juiz e do acusador, pelo segredo dos atos e por sistema de provas privilegiadas ou legais. Por outro lado, no sistema acusatório, a formação da prova dá-se em contraditório e neutralidade para a livre convicção do juiz para avaliar as prova com racionalidade, em tese.

3.2.2 A prova no sistema de persecução adversarial

O sistema jurídico conhecido como *Common Law* foi elaborado na Inglaterra a partir do Século XII, sendo fundamentado na jurisdição real das decisões, o que possibilitou juízes profissionais, com formação prática, e a introdução de um mecanismo de recursos a precedentes (*cases*). Além disso, a fonte de sistema jurídico era os costumes locais anglo-saxônicos, costumes das cidades e costumes dos mercadores. Diante disso, em matéria criminal, os reis tinham juízes que se reuniam nas cortes locais e julgavam os casos em pauta, que substituiu os juízos de Deus, o que conferiu a unidade ao *Common Law*. Neste contexto, a forma de atuação dos instrumentos de resolução de litígios adotado pela Inglaterra afastou o direito inglês do modelo romano-canônico que imperava na Europa Continental.²⁴³

Com pensamento semelhante, Michele Taruffo faz uma advertência de que não é rigorosamente confiável do ponto de vista metodológico, fazer uma correlação de que o modelo do processo de *common law* seria baseado essencialmente na oralidade, enquanto o processo da *civil law* ser essencialmente na escrita. Para o autor italiano, essa distinção no plano da comparação tradicional de modelos processuais, nunca representou uma contraposição principiológica, devido ao emprego de provas escritas ser muito frequente na *common law*, embora haja diferenças aos aspectos do direito probatório. Por outro lado, no

²⁴² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 38.

²⁴³ “No campo específico do processo penal, desde o Século XII assoma a importância do júri. O Júri inicialmente foi disposto não só para julgar a causa, mas, antes, para denunciar os crimes mais graves (*Grand Jury*), não se entregando a acusação pública, em matéria criminal, a um específico funcionário, juiz ou membro do Ministério Público, como no continente”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88-89.

processo do *civil law* existem elementos de debates na produção de provas orais em audiências e na previsão de decisões orais em vários casos.²⁴⁴

O sistema processual adversarial representa o modelo *common law*, de origem inglesa, a partir do Século XVIII, com a introdução do defensor técnico. Desse modo, tal sistema foi construído sob o modelo de estado liberal no ideal constitucional de justiça no plano formal. Ainda segundo Diogo Malan, havia uma disparidade entre os imputados, sendo classificados de acordo com a infração penal de natureza grave, os quais eram proibidos de ter assistência de advogado, mas ter apenas testemunhas para sua defesa. Cabia ao próprio imputado exercer sua defesa, enquanto as vítimas podiam ajuizar a ação penal e contratar advogados para representá-las.²⁴⁵

Nesta perspectiva, Geraldo Prado assinala que a instituição da ação popular, a postura da imparcialidade e equidistância do júri (passividade) compartilham que o processo de persecução penal anglo-saxão tenha conservado na sua essência um sistema tipicamente acusatório.²⁴⁶

Inferese por esse modelo de persecução penal que o imputado não tinha direito à defesa técnica, o que apresentava uma problemática de não buscar à justiça a igualdade material. Isso era justificado com o argumento de que o imputado conhecia os fatos melhor do que qualquer defensor e as questões de direito ficam a cargo do juiz da Coroa. Por isso, esse modelo era chamado de acusado que fala (*accused speaks*).²⁴⁷

O sistema de persecução penal adversarial é caracterizado pelo impulso das partes, na escolha e apresentação dos elementos probatórios para formar o convencimento do julgador. As partes são os protagonistas do processo criminal, o que vai atingir o poder instrutório dos juízes na formação da prova. Com efeito, os elementos essenciais que compõem o processo adversarial: julgador neutro e passivo, iniciativa instrutória das partes e ambiente forense neutro, teoricamente.

Ainda segundo Michele Taruffo, também a contraposição entre processo adversarial ser típico dos ordenamentos de *common law*, e processo inquisitorial se típico dos sistemas de *civil law*, está superada, além de ser substancialmente inútil e completamente inconfiável do ponto de vista científico fazer essa polarização. Atualmente, o tradicional modelo de processo

²⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: Ensaio**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15.

²⁴⁵ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8-10.

²⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90.

²⁴⁷ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.10.

adversarial é caracterizado pela presença ativa juiz, sobre tudo no plano da gestão do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa probatória.²⁴⁸

É nesta perspectiva que se desenvolve a investigação criminal defensiva com paridade de armas no que tange ao contraditório proativo, como reação defensiva à imputação. Por outro lado, no sistema adversarial, o ônus probante a cargo das partes é um risco ao imputado, visto que as desigualdades extraprocessuais podem levar ao desequilíbrio substancial entre elas. Desse modo, garante-se a igualdade no plano processual formal, mas não entre os imputados por disparidades de recursos econômicos, o que refletem na captação da prova, como por exemplo, a contratação de peritos.

Por conseguinte, o sistema adversarial tem a proposta de garantir, em tese, uma relativa igualdade formal na persecução penal, uma vez que tem como característica ser um processo de partes na captação da prova com a finalidade de convencimento do julgador. Entretanto, a igualdade no plano formal não representada a igualdade para os imputados, por desigualdades econômicas para a colheita da prova.

Mesmo assim, a doutrina anglo-americana defende a legitimidade do sistema adversarial, como sendo um modelo mais adequado para a obtenção da verdade, devido proporcionar às partes melhores condições de apresentar seus acervos probatórios, além dos seguintes argumentos:

(i) Fornece às partes processuais os meios necessários para controlar o processo judicial, girando o julgamento em torno das questões propostas por elas, o que reforça os direitos individuais; *(ii)* torna as partes processuais mais propensas a aceitar o resultado do julgamento, pois elas se envolvem de forma íntima com o processo e têm oportunidades justas de apresentar suas respectivas versões dos fatos; *(iii)* satisfaz também os interesses da sociedade como um todo, pois a passividade do julgador, ao impedir que ele aparente ser parcial, reforça a percepção social de um julgamento intrinsecamente justo; *(iv)* induz o advogado cujo cliente se encontra em situação de desvantagem a um maior empenho na obtenção de elementos de provas que revertam tal desvantagem; *(v)* minimiza os riscos de suspeição do julgador, ao afastá-lo da gestão probatória e tornar a adjudicação neutra do caso sua única distribuição; *(vi)* evita que um mesmo sujeito processual de depare com responsabilidades conflitante entre si, ao prever uma clara repartição de funções entre os sujeitos do processo; *(vii)* reafirma a individualidade humana, proporcionando à partes um foro neutro e independente onde seus anseios serão ouvidos e considerados, ainda que sejam contrários aos interesses do Estado.²⁴⁹

Diante desses aspectos, ao que tudo indica, a investigação criminal defensiva tem o seu espaço nesse sistema de persecução penal para a captação da prova em contraditório em paridade de armas, com o objetivo de tutelar os interesses dos direitos fundamentais do imputado. Dessa maneira, a defesa técnica vai buscar o arquivamento da investigação

²⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: Ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16-17.

²⁴⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.24.

preliminar, o indeferimento de medidas cautelares judiciais restritivas à liberdade, a absolvição, a redução da dosimetria da pena, além de outras medidas mais favorável.

No sistema adversarial, o advogado do imputado tem de ter uma função proativa na dinâmica da persecução penal, essa atividade é bem delineada por Diogo Malan ao argumento de que “a ideia central é afastar o julgador da gestão probatória na contenda, forçando as partes processuais a investigar propor os elementos de prova que entendam mais persuasivos”.²⁵⁰ Disso se infere que as partes travam uma “batalha jurídica” dialética na seara probatória, em tese, em paridade de armas.

As partes são os protagonistas da persecução penal na colheita de provas com o objetivo de influenciar o juiz com suas teses: “ganha quem argumenta melhor, dadas as armas disponíveis aos contendores. As regras do jogo são dirigidas às partes. Ganha quem joga melhor”.²⁵¹ Nesta visão, as partes buscam atingir decisão jurídica favorável dentro processo justo e equitativo, porquanto a defesa produz suas provas, há o direito à paridade de armas.

Geraldo Prado sustenta que os modelos adversariais de processo penal têm aplicação pratica no sistema de persecução brasileiro “porque são redutoras de complexidade dos mandamentos constitucionais do direito ao conhecimento da acusação (com a ciência de meios e fontes de provas existentes), tutela contra a autoincriminação compulsória, direito à paridade de armas, à audiência e à prova”.²⁵²

Assim, para evitar excessos discricionários na produção da prova, torna-se importante trazer ao estudo no próximo ponto, a cadeia de custódia da prova no processo penal, a qual é um instrumento de controle epistemológico da “busca da verdade”, com racionalidade, em qual há o emprego de métodos e técnicas de bases de conhecimentos científicos que podem legitimar e justificar a absolvição ou a condenação do imputado.

3.3 A cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial quanto às provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas

No tocante à cadeia de custódia, conforme Geraldo Prado, sua origem está no direito norte-americano e constitui a obrigação da acusação em estabelecer os elos entre as diversas atividades que compõem todo processo de captação probatório para aferir o valor da informação obtida. Desse modo, pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios,

²⁵⁰ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.19.

²⁵¹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badaró; Petronio Calmon. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 156.

²⁵² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 72.

sendo uma garantia constitucional contra a prova ilícita, uma vez que garante a idoneidade dos objetos e dos documentos apreendidos ou escolhidos pela perícia técnica no decorrer da persecução penal, a fim de se evitar dúvidas quanto à origem e o caminho, percorrido durante o manuseio das evidências.²⁵³

No que toca às provas angariadas na fase pré-processual, é pertinente discutir como as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas são incorporadas ao bojo do processo e as consequências jurídicas decorrentes de um vício na coleta ou na produção da prova para a persecução penal. Assim sendo, esse ponto aborda se a não observância da cadeia de custódia da prova pode macular o processo, ao ponto de o juiz não valorar as provas para fundamentar a decisão judicial, devido à nulidade que ela apresenta.

Tratando-se de provas na seara criminal, a coleta de vestígios deve ser um procedimento adotado de certo rigor, já que a persecução penal é um instrumento que vai legitimar a aplicação da sanção penal ao imputado, a partir do devido processo legal, o qual se desenvolve pelas garantias constitucionais e limites ao poder punitivo do Estado. A partir dessa premissa, o corolário da valorização racional da prova requer um regramento legal sobre como se dá a produção, os meios e os limites para a obtenção da prova, com a finalidade da garantia do devido processo penal e seus desdobramentos.

Agora, a cadeia de custódia da prova foi positivada pela Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida por “pacote anticrime”, que acrescentou o art. 158-A e seguintes, no Código de Processo Penal. Isso significa um grande avanço para o controle epistêmico da validade da prova, em razão de estabelecer procedimentos técnicos para a coleta de vestígios e evidências para o seu rastreamento com a finalidade de assegurar a credibilidade do elemento probatório.²⁵⁴

É nesse diapasão que a cadeia de custódia da prova na seara criminal, o controle epistêmico dos vestígios coletados no local do crime, tem por finalidade prática garantir a fiabilidade da prova, que se refere ao controle de entrada da prova na persecução penal. Para elucidar o que significa fiabilidade probatória cabe tomar o que escreve Geraldo Prado:

A fiabilidade probatória refere-se ao esquema de ingresso do elemento no procedimento em cujo âmbito, posteriormente, este elemento poderá ser objeto de

²⁵³ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80-81.

²⁵⁴ “Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

avaliação e diz muito especificamente com a questão dos controles epistêmicos, compreendidos nesta etapa com “controles de entrada”.²⁵⁵

É por essa razão que no sistema acusatório de persecução penal, os métodos e os protocolos de documentação para a produção probatória se afinam com a segurança jurídica, posto que vão garantir, em certa medida, a confiabilidade da prova para sua posterior admissão no processo e valorização pelo julgador. Focando na colheita das provas acautelatórias, ainda na fase preliminar, se houver quebra no elo da cadeia de custódia da prova, a ponto de contaminar os vestígios, o que faz refletir nas provas irrepetíveis, é possível, excepcionalmente, “trancar” o inquérito policial se essas forem às únicas provas que dão a justa causa para a ação penal.

Convém ressaltar que no curso do inquérito policial, procedimento de natureza preponderante administrativo, os elementos informativos colhidos pela polícia judiciária, formam a *opinio delicti*, que é a justa causa, a qual serve de convicção ao Ministério Público para embasar a peça inicial acusatória nas ações penais públicas. Entretanto, tais elementos informativos não servem para embasar uma condenação penal, salvo quando forem provas antecipadas e/ou irrepetíveis.²⁵⁶

Isso significa dizer que nada impede o contraditório na fase da investigação para as diligências já documentadas, especialmente quanto às provas periciais, o que irá garantir à defesa técnica a ampla defesa. Dessa maneira, como já frisado anteriormente, abre-se para o advogado as possibilidades de teses defensivas com a finalidade de arquivar o inquérito policial, ou seja, parar as investigações, impedir o deferimento de medidas cautelares que restringem à liberdade ou o patrimônio do indiciado, entre outras medidas judiciais, por meio de *habeas corpus*, por exemplo.

Com efeito, nos casos que ocorrerem ilicitudes em provas periciais antecipadas e/ou irrepetíveis no trâmite do inquérito policial, certamente haverá reflexos diretos na ação penal, posto que o ato viciado não será, em regra, repetido na investigação preliminar. Como lembra Geraldo Prado: “a contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157, do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras”.²⁵⁷

²⁵⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 88.

²⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77-78.

²⁵⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 92.

Segundo Rosmar Rodrigues de Alencar, por conta do art. 563 e seguintes, do Código de Processo Penal, os vícios na fase investigativa não constituem nulidades, porquanto a nulidade em sentido estrito pressupõe um processo penal instaurado. Por outro lado, na fase do inquérito deve ser tecnicamente chamada de ilicitudes em sentido amplo, os vícios decorrentes desta fase. Nesta toada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam que não há nulidades no curso do inquérito policial, do mesmo modo que os vícios constantes nesse instrumento de investigação não são capazes de macular a ação penal. Entretanto, na prática é possível que uma ação penal seja comprometida quando sustentada em prova pericial gravemente viciada, produzida na fase investigativa, como a prova não repetível, cautelares e antecipadas, que são medidas de antecipação da prova.²⁵⁸

Sublinhe-se que, por sua natureza, a persecução penal demanda tempo, daí por que as medidas acauteladoras são instrumentos para a antecipação da prova, as quais são destinadas a assegurar a eficiência da atividade probatória. Portanto, a demora pode impedir ou dificultar que pessoas ou coisas, objetos de provas, possam servir como uma fonte de prova. Desta forma, essa providência tem um caráter excepcional, pois estão sujeitas aos requisitos do *fumus boni iuris* (prova mínima do delito e indícios de autoria) no caso da relevância daquilo que se pretende provar, e do *periculum in mora*, caracterizado pelo risco da fonte da prova não existir, quando da instrução na fase do processo, ou não possa levar as informações que interessem ao processo. São exemplos de provas acauteladoras: as buscas e apreensões domiciliar (art. 240, ss), o exame de corpo de delito para a cotação de lesões corporais (art. 158), os depoimentos antecipados (art. 225), todos do Código de Processo Penal, a autorização para as interceptações telefônicas, prevista a Lei nº 9.296/1996 etc.²⁵⁹

Com essas observações, é preciso alinhar as normas processuais penais, as quais gravitam em torno da fase investigativa, com a dogmática constitucional dos direitos e das garantias fundamentais, especialmente na seara de captação da prova. Por isso que Rosmar Rodrigues de Alencar sustenta que, no curso do inquérito policial, o juiz deve tomar o cuidado para verificar que a nulidade do ato viciado depende da gravidade:

a regularidade do inquérito policial cristaliza imperativo de tutela dos interesses do investigado, razão pela qual o magistrado deve tomar o cuidado que conduzir o processo de forma a aferir se, no curso do inquérito policial, não foi houve

²⁵⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 474.

²⁵⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252-253.

cometimento de “nulidade absoluta ou relativa (quando alegada)”. Sendo constatada a “nulidade”, o ato viciado do inquérito “deverá ser repetido e excluída a respectiva peça que o materializa, sob pena de contaminação dos atos que dele derivem”. Não sendo o ato inquisitório repetido, “ainda que por impossibilidade, sua valoração na sentença ensejara a nulidade do processo.”²⁶⁰ (sic)

Na mesma linha de pensamento, Aury Lopes Junior defende que, apesar de elementos informativos, colhidos em sede de inquérito policial, eles servem de fundamento para restringir a liberdade do imputado, através das prisões cautelares e a disponibilidade de bens, as quais são medidas acauteladoras reais, tais como o arresto e o sequestro de bens. Daí a importância da colheita dos elementos informativos, especialmente os vestígios, que serão objetos de provas técnicas, que deveram obedecer à cadeia de custódia da prova.²⁶¹

É de se ver que, a partir do art.155, do Código Processo Penal,²⁶² com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, o legislador fez a distinção entre os conceitos de prova e de elemento informativo. Sob essa perspectiva, a prova está vinculada ao contraditório judicial, segunda fase da persecução penal, enquanto que elementos informativos são colhidos na fase investigativa, primeira fase da persecução penal. Sobre esse ponto, são conceitos, de fato, que não se confundem, pois eles possuem valorização e natureza jurídicas distintas nas fases da persecução penal, como bem explica Aury Lopes Junior: Os atos de prova tem por objetivo a introdução de dados probatórios nos autos do processo e são dirigidos à formulação de um juízo de certeza próprio da sentença, enquanto os atos de investigação têm por finalidade à obtenção de informações que levam a uma hipótese, um juízo de probabilidade idôneo para sustentar a *opinio delicti* do Ministério Público nas ações penais ou para fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.²⁶³

²⁶⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 472.

²⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury, **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 188.

²⁶² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

²⁶³ “**Sobre os atos de prova**, podemos afirmar que: a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza - tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgara o processo. **Substancialmente distintos, os atos de investigação** (instrução preliminar): a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados a sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões

A partir dessa ilação, considerando que os atos de investigação servem de fundamento para decisões judiciais cautelares, por exemplos: prisões, indisponibilidade de bens, buscas e apreensões, por exemplo, no que toca à colheita das provas (elementos informativos da fase do inquérito), faz necessário estabelecer ritualidades formais na fase investigativa. Isso deve ser mais rigoroso notadamente quantos as provas científicas, já que há uma tendência de serem mais valorizadas pelos juízes.

É relevante frisar esse aspecto porque, em regra, a produção das provas científicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas ocorrem na fase pré-processual. É nesse contexto, que está o disciplinamento da cadeia de custódia da prova na seara criminal como uma tecnologia para o devido processo legal, quanto ao vetor probatório e seus desdobramentos, para não haver prejuízos aos direitos fundamentais do imputado que podem cominar em ofensa ao seu *status libertatis*.

Como se depreende, a importância da cadeia de custódia da prova para assegurar a integridade dos vestígios, fontes de provas, é de fundamental relevância para a persecução penal, especialmente quanto às provas técnicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, que não podem sofrer contaminações pelos seus métodos de coletas, manuseios e armazenagem. De fato, essas provas acauteladoras produzidas na fase investigativa são extremamente primordiais para a sustentação de decisões cautelares no curso da persecução penal, o que exige o respeito das garantias constitucionais em torno da produção da prova, além de sua preservação. Portanto, não basta que o elemento probatório seja ilícito, é necessário também que ele tenha fiabilidade probatória.

Essa ilação se afina com o que enfatiza Geraldo Prado ao dizer que o contraditório diferido é o esvaziamento do procedimento, pois ele é “um contraditório de baixa densidade”.²⁶⁴ Nesse contexto, a defesa do imputado é inviabilizada para debater acerca da fiabilidade da prova técnica na fase do inquérito policial:

As perícias realizadas na fase policial são, em regra, feitas sem prévia, manifestação da defesa e, muitas vezes, representam a comprovação do corpo de delito. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de sua defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na

interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária”. LOPES JUNIOR, Aury, **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 187.

²⁶⁴ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 93.

fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame, pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido.²⁶⁵

Com essas constatações, é plausível concluir que a utilização de elementos informativos colhidos na fase investigativa, especialmente as provas acautelatórias e as antecipadas, podem servir de formação de convencimento ao magistrado acerca dos fatos, para fundamentar a decisão judicial de busca e apreensão e/ou prisões cautelares (preventiva ou temporária), por exemplo, conforme o art. 155 do Código de Ritos Penais. Entretanto, para o juiz proferir a sentença, é necessário o contraditório judicial, que, neste caso, será diferido ou postergado, o que vai permitir discutir a admissibilidade, idoneidade e regularidade na captação do elemento informativo.

3.4 A cadeia de custódia da prova no processo penal como direito fundamental à prova lícita

Com o avanço das Ciências, em suas diversificadas áreas do conhecimento, há uma necessidade extrema de aprimoramento das modernas técnicas da criminalística forense, porquanto cada vez mais as provas técnicas são utilizadas nos processos judiciais ou administrativos com a finalidade de se chegar à “verdade fática” mais aproximada possível. Por essa razão, para que a prova pericial seja apresentada de forma consistente, sem vícios de contaminação, desde a coleta dos vestígios no local de crime ou no objeto de corpo de delito até seu descarte, faz necessário seguir um método próprio que é a cadeia de custódia da prova.

A prova além de ser termo de sentido múltiplo,²⁶⁶ ela passa por etapas probatórias para integrar ao processo, as quais são: postulação, admissão, produção e valoração. Em aperto de síntese, no que toca à fonte da prova é de onde ela emana a informação, quanto ao meio de prova é espécie e o seu procedimento e, por fim, a prova propriamente dita é aquela produzida em contraditório e convertida em linguagem nos autos do processo.²⁶⁷

²⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.

²⁶⁶ Conforme, Antonio Magalhães Gomes Filho, prova é um termo polissêmico. Nesse diapasão, os aspectos teóricos no conceito de prova são constituídos pelo entrelaçamento das categorias: elemento de prova, meio de prova e instrumento de prova. Com se depreende, as concepções doutrinárias, quanto ao conceito de prova, evidenciam relevantes aspectos que convergem para a busca da verdade no campo pragmático. Nessa lógica, o termo prova apresenta variações de sentido devido à natureza polissêmica nos discursos dos juristas empregada na linguagem do processo, o que leva uma diversidade de significados. GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005. p. 303-318.

²⁶⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 475-476.

Naturalmente que a investigação criminal não fica restrita as provas testemunhais e aos elementos informativos colhidos na cena do crime. É mais que isso, em virtude de que muitos vestígios não são aparentemente observados pelos sentidos do ser humano, o que requer técnicas investigativas mais apuradas, tais como: provas digitais, interceptações telefônica, exames residuográficos para detectar pólvora, chumbo nas mãos de pessoas, o uso de luminol para encontrar vestígios de manchas de sangue humano, coleta de impressões digitais, exame de DNA etc. Diante disso, os vestígios são, em geral, como Edmond Locard chamou de “testemunhas mudas do crime”,²⁶⁸ pois elas são eficazes para o exame de corpo de delito, o que pode levar os meios de provas, em tese, com mais segurança para se chegar à reconstrução histórica dos fatos.

Pelo que se infere, a partir desses argumentos, a cadeia de custódia da prova no processo penal vai assegurar a fialibilidade do elemento probatório, porquanto o protege, em princípio, de interferências externas capazes de falsificar o resultado da atividade da perícia técnica. Por outro lado, a função da cadeia de custódia da prova consiste em estabelecer um mecanismo de prospecção e de preservação das provas que deverão estar disponíveis às partes, bem como garantir a rastreabilidade da prova.

Desse procedimento, dentre os princípios reitores da cadeia de custódia da prova no processo penal está o direito fundamental à prova lícita. Por outro lado, há a opinião na doutrina contrária quanto à regra da garantia fundamental à prova lícita. Nessa linha de pensamento José Roberto dos Santos Bedaque que sustenta que:

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (...) a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violando pelo ato ilegal daquele que a obteve (...) E, com rejeição de prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa.²⁶⁹

Há também julgados isolados em que não há o respeito à norma Constitucional que veda a prova ilícita na persecução penal, sob a seguinte fundamentação:

A política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso [...] ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas,

²⁶⁸ Edmond Locard foi diretor da policia técnica de Lyon. “Eis as testemunhas seguras e mudas, as que nunca mentem, nem se enganam: impressões digitais, vestígios de passos, mordeduras de unhas e de dentes, documentos carbonizados onde se lêem, formas das ferramentas de arrombamentos, pedaços de vestuários ou de cabelos. Não são necessários mais testemunhas: o assassino assinou o crime”. (Sic) In: *A investigação Criminal e os Métodos Científicos*. Coimbra, 1939, p. 22. *Apud*. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.

²⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 103-105, *apud*, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, 2010.

será simplesmente impossível flagrar um sonegar de tributos, já que é crime que costuma a disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública.²⁷⁰

Entretanto, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é a vedação à prova ilícita na persecução penal. Nesse sentido, cabem às partes produzir as provas diretamente em contraditório dialético para formação de acervo probatório para o processo. Nesta toada, Paolo Tonini sintetiza o direito à prova como: “O ‘direito à prova’ é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”.²⁷¹

Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que acolheu a tese da quebra da cadeia de custódia da prova no *habeas corpus* 160.662/RJ, julgado pela Sexta Turma, em 18/02/2014, em que decidiu pela necessidade da defesa ter acesso a todo o material probatório colhido em uma investigação criminal:

Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.²⁷²

Desse modo, o Superior tribunal de Justiça anulou as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, e determinou, ao Juízo de Primeiro Grau, o desentranhamento integral do material colhido na fase da investigação criminal, além das provas ilícitas por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal.

²⁷⁰ BRASIL. **Tribunal Federal Regional da Segunda Região**. HC. 95.02.17100-4- RJ. Primeira Turma. Desembargador Federal Relator Chalu Barbosa. Julgado em 22 nov. 1995. Disponível em: <<https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4718206/habeas-corpus-hc-rj-950217100-4?ref=serp>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁷¹ TONINI, PAOLO. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

²⁷² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sexta Turma. HC 160.662/RJ. Ministra Relatora Assusete Magalhães. Julgado em: 18 fev. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08. Ago. 2020.

Percebe-se, portanto, que um dos objetivos da cadeia de custódia da prova no processo penal é trazer a evidência, ao bojo dos autos do processo, igual ao que foi encontrado na cena crime, o que representa a integridade da prova material para a busca da verdade. Neste diapasão, Geraldo reproduz as lições de Alberly Espindula, quanto à finalidade da cadeia de custódia da prova:

Claro está a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial.²⁷³

Nesta perspectiva, o manuseio da prova pelos peritos deve observar todo o procedimento formal para os elementos probatórios no curso da persecução penal. Com efeito, de nada adianta o emprego das técnicas sofisticadas da criminalística, se a evidência apresentar vícios na sua coleta ou no armazenamento.

O direito à prova lícita é uma garantia constitucional oferecida às partes para demonstrar no processo a veracidade daquilo que se afirma em relação aos fatos relevantes, o que constitui um dos postulados do devido processo legal. Por outro lado, embora o Código de Processo Penal, no art. 155, adote implicitamente o princípio da liberdade dos meios de provas, a própria ordem Constitucional exige que as provas apenas sejam admitidas ao processo quando obtidas licitamente.²⁷⁴

Assim, há uma limitação na “busca da verdade”, através de regras que vedam a introdução de provas ilícitas ou ilegítimas, bem como as excluem do processo. Dessa maneira, embora tenha consagrado o direito fundamental à prova, daí surge a questão das provas ilícitas: “a prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada: a prova é vedada sempre que for contrária a uma norma legal ou a um princípio do direito”.²⁷⁵

²⁷³ ESPINDULA, Alberly. **Perícia criminal e civil: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3. ed. Campinas: Millenim, 2009, p. 165. *Apud*, PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 80.

²⁷⁴ Foi no caso *Weeks vs. United States*, em 1914, que a jurisprudência norte-americana passou a considerar a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Desse modo, a Suprema Corte considerou que os documentos apreendidos na residência de um imputado, sem a devida ordem judicial, viola a IV Emenda Constitucional. Nesta perspectiva, seriam inconstitucionais as provas coletadas com sem a observância das garantias constitucionais, que leva necessariamente a ilegitimidade da persecução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 120-125.

²⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 406.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que a vedação da prova ilícita é uma garantia constitucional na tutela do direito à prova, previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtida por meios ilícitos”.²⁷⁶ Como se infere, esse mandamento constitucional determina que os métodos da obtenção da prova na persecução penal têm limites que a própria Carta Magna impõe ao Estado na busca da verdade para legitimar *o jus puniendi* com a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Ainda no ponto, fazem necessárias as lições de Antonio Magalhães Gomes Filho sobre as balizas das provas ilícitas e ilegítimas:

As primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto, nas segundas, o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorrem do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da obtenção; nas ilegítimas na fase da produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem se desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.²⁷⁷

Considerando essa perspectiva, por essa linha de raciocínio, a contaminação dos vestígios no curso da cadeia de custódia da prova no processo penal conduz à quebra da credibilidade da prova, uma vez que houve contaminação do material probatório ou mesmo alteração. Diante disso, o vício na prova pode levar a absolvição de um culpado ou a condenação de um inocente. Sob esse prisma, a cadeia de custódia da prova no processo penal é para não gerar dúvidas quanto à licitude na obtenção da fonte da prova, isto porque, a preservação da integridade da prova, reflete diretamente no contraditório, na ampla defesa, na paridade de armas entre outras garantias da persecução penal.²⁷⁸

Deitadas essas balizas, é possível sustentar que a cadeia de custódia da prova no processo penal é uma garantia constitucional para o imputado, além de ser um interesse do Estado na colheita de vestígios, com métodos disciplinados e positivado no Código de Processo Penal. Portanto, a atividade e a produção de provas técnicas, como controle epistêmico da prova, em tese, asseguram a autenticidade e a integridade dos elementos recolhidos pelos agentes públicos, para ter a fiabilidade de valor probatório.

²⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²⁷⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, 2010.

²⁷⁸ EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.

3.5 A cadeia de custódia como uma tecnologia para a modernização da investigação criminal

É poder-dever do Estado de promover a perseguição do imputado que consiste na atuação dos órgãos estatais, com o objetivo de verificar a existência da infração penal e da culpabilidade, para aplicação das normas de Direito Penal ao caso em concreto. Por outro lado, em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe ao estado produzir as provas licitamente para dar suporte ao fato penalmente relevante, com a finalidade de legitimar a persecução penal e a eventual responsabilização.

Daí que Nicola Framarino Dei Malatesta expõe que são as provas que possibilitam a responsabilização do imputado, mas, para isso, elas devem estar de acordo com a verdade: “Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade”.²⁷⁹

Centrando o ponto para a cadeia de custódia da prova na persecução penal, é preciso reforçar o que se almeja é assegurar a fiabilidade da evidência e colocá-la sob sua proteção de interferências que não sejam capazes de falsear o resultado da atividade probatória, além de estabelecer mecanismos de colheita, para que fiquem disponíveis às partes. Portanto, ela se enquadra no controle epistêmico da atividade probatória, com a finalidade de legitimar a persecução penal diante da complexidade das provas ilícitas.²⁸⁰

É de se ver que o julgamento fundado em provas não é um trabalho isolado do juiz de direito, sob o princípio do livre convencimento, mas também de outros atores que compõem a persecução penal, tais como: o Promotor de Justiça, o Delegado de Polícia, o investigador de Polícia, a Polícia Militar, o escrivão de Polícia, o perito Oficial, o advogado de defesa, etc. Diante disso, a atividade probatória é resultado de vários agentes atuando na captação das provas, as quais são levadas ao bojo do processo, o que reclama o regramento legislativo com parâmetros bem delimitados, racionais e rigorosos para a validade da prova e sua admissão pelo juiz, com a finalidade de um justo processo penal.

Diante da elevada criminalidade econômico-financeira, crimes de corrupção, contra o sistema financeiro, crimes tributários, fiscais, previdenciários, tráfico de drogas etc são cada vez mais utilizados, pela polícia e pelo Ministério Público, como meios de provas as

²⁷⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. V.1 Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 19.

²⁸⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87-88.

interceptações telefônicas, gravações ambientais, rastreios de celulares, IP, IMEI, GPS e outras tantas tecnologias para a obtenção dos meios de provas. Nessa dinâmica, é extremamente relevante para a prevenção e a repressão desses delitos, os recursos tecnológicos para coletar os vestígios, o que leva à proteção de um monitoramento epistemológico, o qual deve ser controlado pelo juiz para a produção das provas técnicas.²⁸¹

Por outro lado, sustenta Geraldo Prado que a expansão dos métodos ocultos de investigação criminal para a obtenção da prova, mesmo autorizados judicialmente e executados pela polícia, expõe um cenário de ampliação da repressão penal que coloca em risco os direitos fundamentais de defesa, em consequência de que os elementos probatórios colhidos na fase investigativa ficam restritos apenas à acusação.²⁸² Neste contexto, tem-se a flagrante quebra da paridade de armas na persecução criminal para o exercício do contraditório e da ampla defesa em favor do imputado, já que é negado à defesa técnica o acesso ao acervo probatório e a maneira como ele foi colhido pelos órgãos de controle penal.

Por esse motivo, a positivação, pela Lei do Pacote Anticrime, da cadeia da custódia da prova no Código de Processo Penal tem como uma das finalidades a modernização das investigações criminais e das periciais técnica para agilizar a persecução penal. Neste cenário, essa modificação legislativa padroniza as etapas e estabelecem os protocolos da colheita de vestígios, rastreamento, armazenamento e descarte, o que traz uma metodologia tecnológica para o justo processo penal.

Diante disso, é importante ressaltar que os protocolos da cadeia de custódia da prova no processo penal já devem ser empregados, desde o achado no local do crime ou recebimento do vestígio pelo agente público responsável. De fato, por exemplo, quando um policial civil ou militar vai à cena do crime para isolar o local, até a chegada dos peritos, faz necessário preservar o local do crime para não haver contaminação de elementos que possam falsear a verdade. Por essa razão, a finalidade da cadeia de custódia da prova é garantir a idoneidade dos objetos relacionados com o crime e escolhidos pela perícia oficial, ou mesmo apreendidos pela autoridade policial, com o objetivo de evitar dúvidas acerca da origem e o percurso da evidência, além de identificar os agentes públicos que os manusearam. Portanto, os métodos empregados na cadeia de custódia da prova na persecução penal buscam

²⁸¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁸² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 106.

documentar e preservar a evidência para que não haja falseamento da verdade, o que faz necessário impor limites epistêmicos para a produção de provas.

Com se depreende, a cadeia de custódia na persecução penal é uma tecnologia assentada em métodos probatórios que estabelecem parâmetros lógicos para a admissão da prova ao processo e posteriormente seja valorada pelo julgador. Isso, contudo, não significa que vai restringir o livre convencimento do julgador, ou seja, as operações cognitivas do juiz. Desse modo, os limites da atividade probante, no curso da persecução penal, constitui um das garantias dos direitos fundamentais do devido processo legal para a própria legitimação do sistema de justiça criminal. Como explica Antonio Magalhães Gomes Filho:

Esses limites probatórios podem ter fundamentos processuais (lógicos, epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos). No primeiro caso, excluem-se provas impertinentes ou irrelevantes ou, ainda, exige-se que determinados fatos sejam provados de certa forma (exemplo, entre nós, do exame de corpo de delito). No segundo, que aqui nos interessa, impede-se a introdução ao processo de provas obtidas com violação de direitos fundamentais.²⁸³

No que toca aos vestígios, a cadeia de custódia da prova é uma ferramenta epistêmica da persecução penal que estabelece regras adequadas à operacionalização da colheita das evidências, material probatório, para que não ocorra a sua contaminação, o que leva ao falseamento da verdade. Dessa maneira, em um sistema processual acusatório é fundamental que a prova seja lícita para garantir o contraditório e a paridade de armas às partes. Além disso, a possibilidade das partes terem acesso às fontes de provas, como elas foram obtidas, os métodos de colheita, bem como as pessoas que manusearam a evidência, desde o local do crime até sua admissão no processo.

Aliás, a persecução penal deve ter uma premissa científica para dar racionalidade e rigor com a finalidade de embasar suas decisões do juiz em provas. Em vista disso, é a qualidade e a quantidade da prova que leva ao juízo de certeza, dado que a episteme vai conduzir à fiabilidade, à coerência e à consistência da prova plena. Além disso, um rigoroso controle de armazenamento e das pessoas que tiveram contato e manusearam a prova, durante a persecução penal, com a finalidade de se garantir a autenticidade e integridade dos vestígios que foram recolhidos no local do crime pelos agentes públicos.

Levando em conta essas ilações, cabe trazer a noção do princípio da “mesmidade”, que a doutrina brasileira abraçou para se referir a “autenticidade da prova”, que deverá ser confrontado com o princípio da “desconfiança”. Neste cenário, Geraldo Prado explica que

²⁸³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 10 Anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 251.

esses princípios são fundamentais para se evitar erros judiciais, já que gravitam em torno da cadeia de custódia da prova, em razão de ser uma garantia de que não houve a contaminação do vestígio que foi captado no local de crime.²⁸⁴

Por essa razão, Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa sustentam que a cadeia de custódia da prova tem uma extrema relevância para a defesa, uma vez que garante o direito ao conhecimento da fonte da prova como um todo, e não apenas ao material selecionado pela acusação:

A manutenção da cadeia de custódia garante a “mesmidade”, evitando que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso as fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.²⁸⁵

Na realidade, o princípio da “mesmidade” é uma garantia de que o vestígio foi coletado na cena do crime, não sofreu alteração, já que é a fonte da prova. Como bem explica Gustavo Badaró que a ausência da cadeia de custódia da prova é possível se questionar acerca da autenticidade e da integridade da fonte da prova, o que conduz aos vestígios colhidos no local dos fatos. Diante disso, Badaró sustenta que não pode haver “qualquer dúvida razoável de, uma possibilidade fundada de adulteração da prova, ou mesmo uma ausência de demonstração segura de sua autenticidade e integridade”.²⁸⁶

Daí ser plausível concluir que a investigação criminal, seja pública ou privada, deve ter seus métodos científicos próprios de cada perícia, com suas técnicas de colheitas de vestígios em locais de crimes com a finalidade de produzir provas legais, livres de adulteração, extravios para resguarda as fontes de provas para lhes dar credibilidade.

3.6 Direito fundamental à prova produzida pela investigação criminal defensiva

Para a doutrina majoritária, no processo penal, o ônus probatório é exclusivo da acusação. Essa ideia no processo penal brasileiro se pode constar, no início do século passado, com Galdino Siqueira: “à acusação cabe o onus da prova, porque a lei presume a inocência e a

²⁸⁴ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17.

²⁸⁵ LOPES Junior, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

²⁸⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Org.). In: **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 527.

boa fé nas acções humanas”,²⁸⁷ (*sic*). Pode se inferir que essa ideia influenciou sobremaneira os processualistas brasileiros como o argumento de que é o autor da ação penal condenatória que vai trazer no bojo do processo toda a carga probatória da existência de um crime, provas da materialidade, e da autoria, além de comprovar que não houve, por exemplo, uma situação de excludente de ilicitude. Com essas constatações, é plausível concluir que, no Brasil, há uma longa experiência de investigação criminal patrocinada pelos órgãos de persecução penal estatal na produção de provas.

Noutro giro, com o advento da investigação direta pelo Ministério Público, a investigação criminal defensiva é uma forma de equalizar acusação e imputado em paridade de armas no sistema processual penal acusatório, visto que permite a obtenção dos meios de provas relevantes para a defesa técnica do imputado, desde o início da persecução penal.²⁸⁸

Sob o prisma do direito à prova, Welton Roberto sintetiza o foco da investigação criminal defensiva: “O direito de defender-se provando pressupõe o reconhecimento de que a defesa assuma o papel e a função de também integrar a formação da prova”.²⁸⁹ Com esse pensamento, a defesa técnica tem uma função proativa no curso da persecução penal, até porque contribui positivamente com a verdade e a justiça penal.

Por outro lado, embora haja uma amplitude na seara probatória, com o objetivo de se perquirir outros meios de provas, além dos disciplinados no Código de Processo Penal, com a finalidade de buscar a verdade real, essa liberdade probatória não é um valor absoluto. Com efeito, o texto Constitucional no art. 5º, inciso LVI, veda as “provas obtidas por meios ilícitos”, o que consagra a inadmissibilidade no processo das provas ilícitas e ilegítimas.²⁹⁰ Neste contexto, escreve Paulo Rangel acerca do tema tratado: “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.²⁹¹

Nesta perspectiva, está sedimentado na doutrina e na jurisprudência que a persecução penal deve obedecer aos parâmetros estabelecidos nas garantias constitucionais do imputado,

²⁸⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e oficinas Magalhães, 1917, p. 457.

²⁸⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.12.

²⁸⁹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134.

²⁹⁰ “Alheia à classificação doutrinária, a Constituição Federal não fez referencia distintiva entre provas ilícitas ou ilegítimas, e tão pouco seria papel do legislador constitucional fazê-lo, sendo que a Lei nº 11.690/2008, que imprimiu a reforma no sistema probatório brasileiro, também não fez qualquer diferenciação, reputando na nova redução das ao art. 157, *caput*, com ilícitas aquelas provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional, e, por consequência, devem se desentranhadas dos autos”. Cf. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 313.

²⁹¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 414.

o que é um limite ao arbítrio do Estado na busca do *jus puniendi*. Entretanto, quanto aos elementos informativos e/ou às provas produzidas diretamente pela defesa técnica que são ilegais: podem ser utilizadas pelo magistrado, quando forem favoráveis ao direito de defesa do imputado?

Para Eugênio Pacelli, se a prova é do ponto de vista apta a produzir a certeza e suficiente para demonstrar a inocência do imputado, ela deverá ser sempre utilizada como proteção aos direitos e às garantias fundamentais individuais. Portanto, Pacelli defende que uma certeza sobre a qual não pairam mesmo quaisquer questionamentos: “a prova obtida ilicitamente pode e deve ser valorada para a demonstração da inocência”.²⁹²

A defesa técnica pode produzir atos no decorrer da persecução penal, dentre eles, a produção de elementos informativos e ou provas com o objeto de buscar uma situação mais favorável ao imputado. Dito isso, calçado em Antonio Scarance Fernandes, o direito fundamental à prova desdobra-se em vários direitos ao imputado:

a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.²⁹³

Por outro lado, para Gustavo Henrique Badaró, as provas produzidas pela defesa não são condições necessárias e imprescindíveis para o pleno exercício da defesa do imputado: “Sua inércia poderia ser compensada pela atividade do juiz, determinando de ofício a realização de uma prova que demonstrasse sua inocência, ou mesmo pela atividade do próprio Ministério Público”.²⁹⁴ Com essa afirmação, percebe-se que o autor se apegua na assertiva de que ônus da prova pertence ao acusador para sustentar que a posição jurídica do imputado na persecução penal deve se limitar para comprovar as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade.

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior explica em uma perspectiva semelhante, entretanto com uma visão crítica de que a defesa não tem espaço na fase preliminar para

²⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 149.

²⁹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78-79.

²⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 232.

produzir elementos informativos, bem com exercer de forma proativa a dialética processual de forma efetiva:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estritos limites do art. 14 do CPP.²⁹⁵

Entretanto, é notório que o imputado tem interesse na atividade probatória sob o aspecto do devido processo legal. Com efeito, se a prova destina-se à reconstrução histórica dos fatos, elucidação fática, mesmo que não seja uma certeza absoluta, sua valoração deve ser submetida ao contraditório na fase da instrução processual.

Como já apresentado no segundo capítulo, no que tocam aos elementos de informações produzidos no curso do inquérito policial, pelos órgãos de persecução penal, a doutrina aponta que não podem servir de base à condenação, uma vez que não foram submetidos ao crivo do contraditório. Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, “esta utilização do inquérito – uma função não declarada – na valoração dos elementos probatórios para a emissão de uma decisão, é produto de uma doutrina que autorizava a condenação pelo conjunto de indícios”.²⁹⁶

Daí que a doutrina processualista da década de 1940, mesmo defendendo que a natureza jurídica do inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, sem o contraditório, admitia atestar a culpabilidade do réu e resultar na condenação, como base nos indícios, como se pode aferir pelas palavras de Espindola Filho: “Embora seja o inquérito – policial, militar ou administrativo – uma peça destinada precipuamente, a instruir a denúncia, ou a queixa, o juiz não o despreza, na apreciação da prova, ao proferir a sentença”.²⁹⁷

Na verdade, para a doutrina dominante, os indícios servem apenas para formar a justa causa para a acusação, ou seja, tem a finalidade de “fornecer elementos não dotados de certeza, porém com idoneidade, quanto à prática pelo acusado de fato descrito na lei penal”.²⁹⁸

²⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury, **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 307.

²⁹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 396.

²⁹⁷ ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 253.

²⁹⁸ TASSE, Adel El. Mileo; ZANCONCINI Eduardo; PIASECKI, Patrícia Regina. **Novo Sistema de Prova Penal: comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

Partindo da premissa de prova como um meio para a “busca da verdade”, ela serve para dar uma aparência de legitimidade racional para as decisões judiciais. Nesta relação, fica claro que a função e a finalidade da prova na persecução penal são a possibilidade de se atingir o conhecimento verdadeiro ou não dos fatos, ou seja, a reconstrução dos fatos, pelo menos, em tese. Entretanto, dificilmente ou nunca se atingirá a certeza absoluta, e sim uma certeza razoável, quando fundada em provas. Através desse discurso sobre a verdade real na persecução penal, Badaró afirma que “a prova assume função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos que se possa definir com verdadeira”.²⁹⁹

Neste contexto, durante a persecução penal os elementos informativos e as provas caminham pela mesma estrada e estão relacionados à questão probatória, dado que servem como evidências na apuração do fato criminoso:

Não obstante a expressão “prova” tecnicamente só se referir à atividade realizada atendendo ao princípio contraditório, quando enunciamos a questão das intervenções corporais no campo probatório, estamos também incluindo a atividade investigatória no curso do inquérito, o que em termos estritos não poderia ser considerado prova, mas o fazemos por ser a investigação criminal matéria intimamente afeta à questão probatória.³⁰⁰

No enfoque da investigação criminal defensiva, as provas são alegações dos fatos, produzidas de forma técnica com fundamentação, com a finalidade de servir não apenas como instrumento de persuasão, mas sim uma verdadeira função cognitiva e argumentativa, com o objetivo de atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos. Neste diapasão, a prova se coloca como um instrumento que é disponibilizado ao julgador para que se realize uma decisão racional entre a disputa em juízo, isto porque os fatos que se amoldam à figura típica penal são “verdade absoluta ou da certeza indubitável de uma determinada alegação fática”.³⁰¹

Destacando as dificuldades para potencializar o resultado da atividade probatória, o sistema jurídico processual brasileiro adota, em regra, o princípio do livre convencimento motivado do julgador, o que faz o juiz de direito justificar de forma motivada a valoração do conjunto de provas produzidas pelas partes durante a persecução penal, de modo a legitimar a

²⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

³⁰⁰ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei n° 12.654/2012**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 5.

³⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

sua decisão. Neste contexto, Franklyn Roger Alves Silva defende que é direito do imputado saber em quais provas se deu a decisão do magistrado, seja para condenar ou absolver:

O acusado possui interesse na prova produzida e na constatação de sua efetiva responsabilidade, e não somente na motivação da decisão que o condena ou absolve. A prova acaba por exercer função endoprocessual (dar suporte à decisão judicial) e exoprocessual (aquiescência à decisão). Este último fator terá relevância determinante na compreensão da investigação defensiva e no comportamento do imputado no curso da investigação e persecução penal.³⁰²

Por seu turno, Marta Saad, apoiada nas lições de Marcos de Moraes Pitombo, leva em consideração os atos e os elementos informativos produzidos pela defesa na fase do inquérito policial. Assim, quando realizados internamente dentro dos próprios autos os denominam de endógeno, a exemplo do interrogatório ou requisição à autoridade policial, e, quando externamente, de exógeno, por exemplo, o *habeas corpus* e mandado de segurança.³⁰³

O processo penal moderno consagra a presunção de inocência do imputado e assegura os direitos fundamentais contra o poder punitivo do Estado. Neste sentido, Geraldo Prado afirma que a persecução penal é marcada pela incerteza da verdade fáctica que vai da notícia-crime até o transito em julgado da sentença penal condenatória:³⁰⁴

Assim, a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos, que disputam a primazia de ditar o objetivo do processo. Ela é um dos principais elementos que, a depender do tratamento que receba, estabelece que tipo de processo penal vigora em determinada sociedade.³⁰⁵

Ada Pellegrini Grinover, em estudo aprofundado sobre o direito de defesa e contraditório, sustenta que “as garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório”.³⁰⁶ Cabe destacar ainda que, dentro do sistema penal acusatório existe o direito à prova que devem ser produzidas em contraditório, na presença do juiz natural, com a finalidade de formar a sua convicção.

Portanto, o fortalecimento da investigação criminal defensiva traz importantíssimas contribuições para a Justiça Penal, em razão da atividade probatória na busca da verdade real

³⁰² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.

³⁰³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269-270.

³⁰⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

³⁰⁵ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

³⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 39.

se constituir um meio para a defesa técnica exercer o contraditório proativo em equidade de armas para a justa persecução penal.

3.6.1 A prova ilícita obtida pela investigação criminal defensiva

É de grande valia o enfrentamento do estudo acerca das teorias que tratam da produção das provas ilícitas, bem como a sua utilização ou não na persecução penal, além dos limites que tais meios de provas possam “contaminar” outras. Com efeito, a prova ilícita originária pode prejudicar toda a *persecutio criminis*, porquanto que os seus efeitos podem irradiar por todo acervo probatório decorrente dela e, até mesmo, ser desentranhada dos autos do processo, o que pode levar a falta da justa causa para dar início à ação penal.

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou da ilicitude derivada dá sustentação para que as provas ilícitas produzidas (árvore) tem o condão de contaminar todas outras provas dela decorrentes (frutos). Foi com o advento da Lei nº 11690/2008, que essa teoria foi positivada no Código de Processo Penal no art. 157.³⁰⁷ Entretanto, ao mesmo tempo, foi mitigada pelas seguintes teorias:

Limitação da fonte independente (*independent source limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e a limitação da 'contaminação expurgada' (*purged taint limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), às quais se pode ainda acrescentar a teoria da boa-fé, *ougood faith exception*.³⁰⁸

Essas observações iniciais, neste ponto, são relevantes, haja vista que durante a persecução penal, há o conflito entre o direito à presunção de inocência e o *jus puniendi* estatal, que em certa medida desempenha na seara probatória a função do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Sob esse ponto, “a prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique em violação da lei ou de princípios de direito material ou processual”.³⁰⁹ Desse modo, a doutrina faz a seguinte classificação: As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios

³⁰⁷ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm> Acesso em 18 jun. 2019.

³⁰⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 623.

³⁰⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 312.

constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996). As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie, por exemplo, o laudo pericial.

Neste panorama, Eugênio Pacelli sustenta que a prova ilícita pode ser utilizada pela defesa a favor do imputado, já que não haveria uma explicação racional para se condenar um inocente:

Já veremos uma tentativa de justificação da adoção da norma de inadmissibilidade da prova ilícita. Por ora, cabe assinalar: se a prova é, do ponto de vista de sua aptidão para produzir certeza, suficiente a demonstrar a inocência do réu, ela sempre deverá ser utilizada, pois, do contrário, a pretexto de proteção aos direitos e às garantias individuais, o Estado estaria violando não só um direito *individual* fundamental, mas a própria ideia de Direito, incompatível, a todas as luzes, com a condenação do não culpado, para a proteção de *vítimas possíveis* (não seria ele – o não culpado – uma delas?).³¹⁰

A partir dessa argumentação, a questão da ilicitude da prova é irrelevante para a constituição da certeza judicial para a comprovação de determinado fato independentemente de sua origem lícita ou ilícita, quando apta a demonstrar a inocência do imputado. A prova obtida de forma ilícita pela defesa pode e deve ser valorada para que se faça a demonstração da inocência do imputado, dado que somente a prova cabal é capaz de superar o estado de presunção de inocência, o que representa a maior garantia do imputado contra o poder punitivo estatal durante a persecução penal.³¹¹

Em outra ponta, convém assinar que a doutrina e a jurisprudência dominantes têm o entendimento de que as nulidades e os vícios no curso do inquérito policial, espécie do gênero investigação preliminar, não são capazes de contaminar a ação penal. É preciso, contudo, que o juiz faça averiguação de que se não houve prejuízo para a defesa que ferem os direitos fundamentais. Valendo-se dessa análise, Rosmar Rodrigues de Alencar faz a seguinte observação:

(...) o fato de ser o inquérito policial uma etapa da persecução penal menos ofensiva ao *status dignitatis* do investigado não deve significar ausência no sistema jurídico de tutela invalidadora sobre irrregularidades prejudiciais aos direitos individuais fundamentais da pessoa indiciada.³¹²

³¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 149.

³¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005, p. 303-318.

³¹² ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 472.

Nessas hipóteses, no tocante às provas (elementos informativos), as consequências para a persecução penal, quando o juiz declarar a nulidade que acontece no curso do inquérito policial, esvaziando o lastro probatório, justa causa, para a ação penal, não resta outro caminho, senão o arquivamento, quando se tratar de regra material, com a inadmissibilidade da prova (desentranhamento).³¹³

Outra importante garantia fundamental do imputado, sendo uma exigência especial quanto ao direito à prova, inclui-se o direito de exigir a prova produzida pelos órgãos de persecução que sejam legitimamente obtidas. Em decorrência dessa garantia constitucional, a defesa técnica do imputado tem o dever de clamar ao julgador que não permita o ingresso ou a permanência, durante a persecução, das provas ilícitas ou ilegítimas produzida pelos órgãos oficiais do estado, além do desentranhamento das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes.

Com base nisso, em um sistema processual garantista, é assegurado o direito ao imputado de não colaborar para a obtenção de provas que possam incriminá-lo (*nemo tenetur se accusare*) consectário da regra de que “ninguém é obrigado a se descobrir”, com previsão constitucional instituída como garantia individual no art. 5º, LXIII. Isso se deve à natureza privada da investigação criminal defensiva, como ressalta André Machado:

A investigação defensiva não tem por escopo alcançar a verdade nem precisa apurar todo e qualquer fato relevante, sendo direcionada exclusivamente ao levantamento de informações favoráveis ao imputado. Por conseguinte, o defensor não está adstrito a apresentar à Autoridade Judiciária os elementos obtidos em sua atividade investigatória nem mesmo a denunciar crime do qual tenha conhecimento no exercício dessa função.³¹⁴

Insta salientar que uma das garantias do imputado é a presunção de não-culpabilidade, o que é uma opção e garantia política no campo probatório, onerando os órgão de persecução penal a buscar elementos probantes que justifiquem a imputação do fato criminoso. Por conta disso, há diferença entre a investigação pública e a privada em decorrência dos interesses tutelados nos seus objetivos.

Deitadas essas balizas, constata-se que a questão da prova ilícita produzida pela investigação criminal defensiva pode ser extremante útil e constitutiva para a comprovação de um determinado fato, com a finalidade para demonstração da inocência do imputado ou uma situação de mais favorável na persecução penal.

³¹³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 474.

³¹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

3.6.2 A validade da prova produzida pela investigação criminal defensiva

Partindo do pressuposto de que a prova na persecução penal assume a função de ser um meio para atingir o conhecimento e o convencimento, ela se coloca como instrumento que permite ao juiz fazer a escolha racional sobre os fatos debatidos durante a persecução penal, que gira em torno dos fatos alegados pelas partes, ainda que essa verdade não seja uma verdade absoluta.

No que concerne à validade da prova produzida pela investigação criminal defensiva, é preciso considerar as garantias constitucionais do imputado, durante a persecução penal, dentre as quais o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas, por exemplo. Isso significa dizer que a prova produzida pelo particular deve ser reconhecida como válida, quando favorável à defesa para inocentar o imputado. Entretanto, para legitimar a produção da prova pela investigação criminal defensiva, é preciso observar a cadeia de custódia da prova, com a finalidade de garantir a fiabilidade e sua validação pelo juiz.

Pelo que se infere, a partir desses argumentos, a cadeia de custódia da prova vai assegurar a fiabilidade do elemento probatório, uma vez que o protege, em tese, de interferências externas capazes de falsificar o resultado da atividade da perícia técnica. Por outro lado, a função da cadeia de custódia consiste em estabelecer um mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão estar disponíveis às partes.

Outrossim, a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica deve ser pautada pela boa-fé objetiva, aplicável à persecução penal, como fundamento fiel do garantismo penal. Percebe-se diante desse contexto, que o princípio da boa-fé objetiva não se restringe apenas ao direito privado, mas por todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, Rosmar Rodrigues de Alencar faz a seguinte observação: “não é esperado do sujeito processual que está no polo passivo de ação penal condenatória que adote postura prejudicial ao seu direito de liberdade”.³¹⁵

Por outro lado, uma das condições de validade das provas destacada pela doutrina é a presença das partes para que haja o debate com interferência entre os envolvidos na relação processual, que, no plano concreto, a produção da prova se dá pelas partes, em regra, na presença do juiz competente para processar e julgar. Porém, surge um problema de ordem prática, durante a investigação preliminar, conduzida pelos órgãos do Estado, que pode ferir

³¹⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 407.

direitos fundamentais do investigado, sendo que essa fase da persecução penal é tratada com uma visão simbólica e que não passa de uma mera análise de elementos informativos de superficialidade e rotulada de atos preparatórios da ação penal.

A investigação criminal defensiva não tem por objetivo gerar dúvidas sobre a existência de um fato com a produção de provas. Na verdade, é convencer o juiz sobre a certeza na busca da verdade das condições que lhe sejam favoráveis, para convencer o julgador acerca de uma certeza provável, tais como exemplos, as excludentes de ilicitude. Mais do que isso, serve para efetivar os postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, visto que asseguram ao imputado, desde o início da persecução penal, a possibilidade de produção de elementos informativos e ou até mesmo provas irrepetíveis que possam afastar a instauração de ações penais infundadas, o que leva à eficiência da Justiça Penal.³¹⁶

No que concerne à relação entre justa persecução penal e paridade de armas, é possível inferir que o Garantismo Penal sustenta a necessidade da produção direta da prova também pela defesa técnica para que a disputa entre as partes se desenvolva com lealdade e com paridade de armas, faz necessária a equidade entre elas com as mesmas capacidades e os mesmos poderes com relação aos atos probatórios.³¹⁷ Como se depreende, a investigação defensiva permite à defesa técnica captar, por autoridade própria, os elementos informativos e as provas que achar convenientes para formar suas teses de defesas em paridade de armas.

Considerando essa perspectiva, reconhecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica é assegurar a atividade probatória da investigação criminal defensiva com o mesmo grau de confiabilidade da investigação pública, além de tutelar o direito fundamental à prova em contraditório proativo e em paridade de armas, os quais são as vigas do Estado Constitucional de Direito.

³¹⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 12.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 565.

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA SUA CONCRETIZAÇÃO COMO DIREITO DE DEFESA EM BUSCA DA PARIDADE DE ARMAS NA PERSECUÇÃO PENAL

4.1 A investigação criminal defensiva no direito comparado

Por ser tema complexo, a busca de subsídios teóricos no direito comparado não é objeto de análise de um estudo aprofundado, uma vez que foge dos parâmetros traçados pela presente dissertação. Entretanto, apenas a título ilustrativo, as bases dos modelos jurídicos de persecução penal nos Estados Unidos e na Itália serão abordados, com foco nos aspectos gerais do modelo de justiça e da defesa técnica, já que o defensor têm funções investigativas próprias para angariar as provas no curso da persecução penal, as quais são necessárias para formularem suas teses de defesa, com a finalidade de fundamentar as discussões durante o julgamento, o que é uma das características peculiares do sistema de persecução penal adversarial.

4.1.1 Noções sobre o sistema judiciário norte-americano

Diante da organização federativa dos Estados Unidos, o estudo será centrado na regulamentação da Justiça Federal que trata da investigação criminal defensiva e quando ocorrer pertinência relevante ao tema se fará menções pontuais à disciplina da justiça estadual. Nessa ótica, o sistema norte-americano teve suas bases jurídicas fincadas no modelo da *Common Law* da Inglaterra, devido à colonização. Entretanto, não foi de forma absoluta, já que, com a independência, houve a promulgação da Constituição escrita dos Estados Unidos em 1787, o que trouxe características distintas do modelo de Direito Inglês. Conforme René David, o direito dos Estados Unidos é essencialmente jurisprudencial, como é o inglês, mas possui suas características peculiares, pois, diferentemente, passou a dar ênfase à lei escrita, sendo a mais importante a Constituição escrita, que combinada com a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), a qual é base das instituições americanas e o fundamento das liberdades públicas.³¹⁸

Como se depreende, o sistema do Poder Judiciário norte-americano convive com as esferas federal e estadual com suas respectivas Constituições, embora a maioria dos Estados segue o modelo federal, mesmo tendo a liberdade de estruturar seu próprio sistema de justiça.

³¹⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 415.

Por outro lado, a Suprema Corte, criada com a promulgação da Constituição Americana, que foi regulamentada pela *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, é composta de um juiz-presidente e oito juízes associados, os quais são indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. Quando aprovado pela avaliação do Senado, e, após a nomeação, pelo Presidente da República, o juiz será vitalício no cargo.

Quanto aos Estados-membros, eles podem formar seu sistema de organização de justiça com autonomia, entretanto, em regra, adotam o sistema federal. Desse modo, as Supremas Cortes estaduais (*state supreme courts*) ficam competentes para apreciar os casos mais complexos do direito estadual, enquanto as Cortes de Julgamento (*trial courts*) fazem julgamentos por júri (*jury trial*) ou na forma monocrática (*bench trial*). Já as Cortes de Apelação (*apellate courts*) são competentes para julgar os recursos interpostos contra as decisões emanadas pelas *trial courts*.³¹⁹

Cabe ainda destacar que os juízes dos Estados não são, em regra, de carreira. Dessa maneira, os magistrados exercem a jurisdição por tempo certo, com a duração do mandato que variam de 2 (dois), 4 (quatro) ou 15 (quinze) anos, ou mesmo vitalício. Além disso, a investidura dos juízes pode se dar por nomeação do governador de Estado, com a necessidade de posterior confirmação pelo Parlamento do Estado, como acontece em Nova Jersey, ou eleitos pelos cidadãos do Estado, por exemplo, em Michigan, na Louisiana, no Texas, ou cooptados, como acontece no Alasca.³²⁰

4.1.2 A gestão da prova no modelo norte-americano

Volvendo o foco para a persecução penal, uma das características do modelo jurídico dos Estados Unidos da América está na gestão da prova, ou seja, na incumbência das partes captarem as provas, por autoridade própria. Assim sendo, cabem às partes e não ao magistrado a produção direta da prova, uma vez que o sistema de persecução penal norte-americano é o *adversarial* (*Adversarial System*). Neste modelo processual, o julgador fica afastado da atividade probatória, que, em tese, estaria neutro e não contaminado pela fase investigativa. Por outro lado, as partes podem colher depoimentos de testemunhas, por autoridade própria, o

³¹⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121-122.

³²⁰ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. 2. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 95.

que é uma das características da *discovery* do sistema norte-americano na prospecção da prova com diligências para carrear aos autos do processo.³²¹

Dessa maneira, pode a defesa técnica colher diretamente os elementos de provas necessários para fundamentar suas teses de defesa e alegações. Porém, a defesa deve sempre observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. Nesta perspectiva, o sistema adversarial, como já dito, tem a pretensão de afastar a atividade investigativa do juiz, com a finalidade de julgamento neutro, sem possibilidade de contaminação do magistrado. Por outro lado, no modelo de persecução penal norte-americano vigora o princípio da liberdade das provas, ou seja, os elementos de provas admitidas em Juízo não dependem de expressa previsão legal, basta, porém, que a prova seja produzida de formas lícitas para convencer o Tribunal.³²²

Neste contexto, as partes são responsáveis pela ação probatória na trajetória da persecução penal, conforme Marcos Alexandre Coelho Zilli: “as partes processuais detêm, assim, tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação”.³²³ Porém, em razão da onerosidade da Justiça criminal norte-americana, as partes preferem produzir as provas fora do Juízo e, posteriormente, introduzi-las nos autos, na forma documental, para a discussão durante o julgamento.

É importante destacar ainda que, segundo Geraldo Prado, o sistema americano é inspirado no tradicional processo de partes germânico, o que é fundado no princípio da paridade de armas, igualdade na investigação criminal. Entretanto, há os “atos cobertos”, ou seja, aqueles em que a defesa não tem acesso quando pode perturbar as investigações.³²⁴

É de se ver, portanto, que o sistema de criminal norte-americano tem a característica em que as partes são as responsáveis pela produção da prova, inclusive, a defesa técnica desenvolve sua própria investigação. Além dessa atuação, há o aspecto pragmático do instituto do *plea bargain*, que é a negociação entre acusação e defesa quanto à aplicação da pena ao imputado, ou seja, uma espécie de “acordo penal”.

³²¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 274.

³²² MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124 e ss.

³²³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

³²⁴ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 84.

4.1.3 *Plea bargain*: justiça penal negociada no sistema norte-americano

A crise do sistema de persecução penal no sistema brasileiro, o qual apresenta morosidade o que pode levar à impunidade pela causa de extinção da punibilidade pela prescrição, vem com a tendência em flexibilizar direitos e garantias fundamentais para abreviar a resposta penal de forma mais eficiente. É neste contexto, que as ideias do sistema de persecução penal *plea bargain* surge como uma alternativa de justiça célere e com custos reduzidos para a imposição de uma sanção penal, quando firmado acordo entre acusação e defesa.

O *plea bargain* é instituto de origem do sistema processual da *common law*, em que há um acordo extra judicial, negociação, entre a acusação e a defesa técnica do imputado, com a finalidade de se evitar a persecução penal. A defesa técnica do imputado, em tese, aceita as imputações que são feitas pela acusação, mas, em troca, o imputado irá ter uma aplicação da sanção penal, teoricamente, mais branda de que teria em caso de se submeter ao devido processo penal, ser declarado culpado e condenado pelo juiz. Nesta perspectiva, a doutrina norte-americana pontua:

A negociação judicial tem sido fortemente criticada por observadores com diferentes perspectivas sobre o processo criminal. Alguns criticam a barganha por reduzir a severidade das sanções penais. Outros veem a barganha como um esforço inconstitucional para privar os acusados de seu direito a um julgamento justo. A barganha judicial nunca foi popular, mas poucos críticos param para considerar os enormes custos e atrasos que resultariam se os numerosos casos atualmente resolvidos por barganhas judiciais fossem levados a julgados.³²⁵ (tradução livre)

Se considerado como um sistema de persecução penal, o *plea bargain* tem muita aplicação prática nos Estados Unidos da América, em que o imputado renuncia aos seus direitos e às garantias fundamentais, dentre eles, de presunção de inocência, da busca da verdade material, do contraditório proativo na busca da prova. Percebe-se claramente que o juiz vai apenas homologar o pacto que foi realizado entres as partes, já que o imputado, por meio da defesa técnica, fez uma confissão prévia da culpabilidade.

³²⁵ “Plea bargaining has been sharply criticized by observers with different perspectives on the ciminal process. Some critics fault plea bargaining for reducing the severity of criminal penalties. Others view plea bargaining as unconstitutional effort to deprive defendants of their right to fair trial. Plea bargaining has never been popular, but few criticts stop to consider the tremendous costs and delays that would result if the numerous cases currently resolver through plea bargaining were to go trial”. SCHEB, John Malcolm, II; SHARMA, Hemant. **An introduction to the American legal system**. New York: Wolters Kluwer, 2013, p, 364. *Apud*. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 283.

É possível inferir do sistema *plea bargain* que a investigação criminal defensiva não tem aplicação prática efetiva, porquanto o imputado abre mão totalmente do direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo fato de fazer um acordo prévio com acusação. Com efeito, conforme Frankly Roger Alves Silva: “há na doutrina quem aponte o *plea bargain* como uma forma de abreviar o percurso de uma causa criminal desde o seu início até o trânsito em julgado, além de tornar previsível o resultado do julgamento”.³²⁶

Nesta perspectiva a doutrina aponta algumas vantagens ao sistema *plea bargain*, dentre elas, a redução de julgamentos nos Tribunais, já que o pacto entre defesa técnica e acusação irá suprimir a tramitação de processos criminais. Isso reflete na economia de recursos financeiros e humanos para a administração da justiça, além de celeridade processual, diminui a impunidade e a população carcerária.

Cabe destacar que se denomina a *plea bargain* como a declaração que faz ao réu sobre as imputações que lhes são atribuídas quando ele comparece inicialmente à Corte. A partir daí, surgem diversas possibilidades para o imputado: ele pode se declarar inocente (*not guilty plea*), ou culpado (*guilty plea*), ou ainda, caso lhe seja permitido, afirmar que não vai querer impugnar a acusação, mas não se declara culpado (*nolo contendere plea*). Nessas duas últimas hipóteses, ocorrem à aplicação da pena e o processo é extinto, o que, na prática, a grande maioria dos réus optam por se declarar culpado, o que leva à precoce interrupção da persecução penal no sistema norte-americano.³²⁷

Quanto à celeridade do processo criminal, no sistema norte-americano, a *plea bargain* é uma regra, quase que absoluta na prática forense, que está mitigando o modelo acusatório de júri, embora os imputados tenham a garantia de ser processados criminalmente. Em média 90% dos processos criminais são sentenciados com fundamento no reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*), obtidos por intermédio de acordos entre acusação e defesa, sem a necessidade de provas incriminadoras sólidas e lícitas, além da dúvida razoável.³²⁸

Por outro lado, em linhas de síntese, as desvantagens que esse sistema de persecução penal pode trazer são extremamente graves com a relativização ou a supressão de direitos e garantias fundamentais, a partir do poder de barganha do Ministério Público, o que desnatura o processo penal justo. Com efeito, pode se citar alguns prejuízos: possibilita a renúncia ao direito de defesa; é um retrocesso ao sistema processual autoritário, com a primazia da

³²⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 283.

³²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: **Revista de Processo**. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.

³²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 28.

confissão; viola a presunção de inocência, uma vez que, não raros, muitos imputados, em tese, inocentes são coagidos psicologicamente a aderir à proposta do Promotor de Justiça, já que não acredita que será absolvido por não fazê-lo. Além disso, causa a usurpação das funções dos juízes na formação da culpabilidade e na aplicação da sanção penal ao imputado, em caso de condenação.³²⁹

Fazendo essa ponderação, é possível verificar que em muitos casos concretos, o *plea bargain* pode levar à impunidade de muitos crimes de “colarinho branco”. De fato, o imputado, ao aceitar um acordo com o promotor de justiça, pode se livrar de diversas ações criminosas e trocar uma punição potencialmente maior, pela certeza da sanção penal menos gravosa. Dessa maneira, o referido sistema não tem o condão de redução da impunidade, pelo contrário, oficializa punições penais menos gravosas.

Outro ponto que merece destaque é que o “contrato de delação premiada” é realizado em um ambiente em que a vítima do crime fica de fora da conciliação, o que, em tese, pode gerar desigualdades no tratamento dos imputados para aplicação de acordos mais brandos. Esse tema delação premiada está inserido no contexto da celeridade da resposta penal, posto que o imputado irá colaborar com a justiça na identificação de coautores e permitir a não-impunidade, em tese, de delitos graves.

Nesta perspectiva, o *plea bargain* retira as garantias constitucionais do imputado para o justo processo penal em paridade de armas? Pare que sim, já que os acordos de reconhecimento da culpabilidade pela confissão deturbam o modelo de persecução do contraditório em similitude de forças probatórias. Há evidentes objeções ao direito de defesa na investigação criminal defensiva, ao contraditório em paridade de armas, ao princípio da presunção de inocência e outras garantias constitucionais.

Com efeito, Adel El Tasse sustenta que poderá a delação premiada atacar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, além de produzir um sistema de justiça criminal utilitarista ineficiente e simbólico que avança sobre às liberdades individuais.³³⁰ Portanto, é de se ver que a delação premiada tem a promessa de maior punição de casos, o que leva para a sociedade a sensação de que o Estado está combatendo à criminalidade. Isso tem reflexos diretos na investigação criminal defensiva, uma que vez tolhes direitos e garantias fundamentais da defesa no curso da persecução penal, dentre eles: o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova.

³²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 30-31.

³³⁰ TASSE, Adel El. **Investigação preparatória**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 175.

4.1.4 Noções gerais sobre o sistema legislativo italiano

A relevância para esta dissertação, quanto ao estudo de modelo de persecução penal italiano, é devido aos vários princípios constitucionais processuais penais semelhantes ao modelo brasileiro, tais como: o devido processo legal, a presunção de inocência, a vedação da prova ilícita, entre tantos outros. Por outro lado, o modelo italiano se difere do brasileiro no que tange à regulamentação da produção da prova pela defesa técnica, uma vez que confere poderes investigatórios diretamente e próprios, com a efetivação da *par conditio*. Desse modo, os advogados criminalistas podem angariar diretamente os elementos de provas necessários para fundamentar suas alegações, desde a fase investigativa.

Os textos normativos do sistema jurídico italiano são compostos por artigo, os quais podem conter parágrafos que são denominados de *comma*. Portanto, um artigo da Constituição e de uma lei pode conter mais de uma *comma*. Além disso, quando acontecem alterações legislativas, com acréscimo de normas jurídicas, os artigos são sequenciados por expressões: (art.100 *bis*, art.100 *ter*, art.100 *quater*, art.100 *quinquies* ...). Destaque-se ainda que a Constituição italiana assegura a incorporação de Tratados e Convenções internacionais ao sistema interno.³³¹ Percebe-se, portanto, que existe uma certa semelhança com a base do sistema legislativo brasileiro, o que permite o estudo adequado ao sistema processual italiano, especialmente, referente ao justo processo e a investigação criminal defensiva.

Desse modo, o sistema jurídico italiano incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a qual trata o processo penal como *equo processo*, que é uma tradução da expressão *fair trial*, isto é, processo justo. Entretanto, a Constituição da Itália estabelece, como premissa para a persecução penal, o justo processo (*giusto processo*) nos termos do art. 111, *comma* 1, que corresponde ao processo pautado nas garantias fundamentais do imputado como desdobramentos do *fair trial* e o *due process of law* de bases do direito anglo- americano.³³²

Outro ponto interessante a ser abordado é que na Itália o Poder Judiciário e o Ministério Público fazem parte de uma carreira única, sendo este último chamado de magistratura requerente, mesmo sendo o sistema de persecução penal de modelo acusatório, já que há nítida separação das funções de acusar, de defender e de julgar. Entretanto, ao longo da

³³¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 166.

³³² SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 175.

carreira profissional, o magistrado e o promotor de justiça podem até passar de função para a outra. Diante dessa sistemática, Ada Pellegrini Grinover faz uma crítica para essa confusão entre Judiciário e Ministério Público, uma vez que o juiz está mais perto do *parquet* de que do advogado de defesa, já que o juiz pode se tornar promotor e vice-versa, o que pode levar à parcialidade dos magistrados nos casos concretos.³³³

4.1.5 O modelo italiano na gestão da prova na persecução penal

O Código de Processo Penal italiano (CPPI), no art. 327-*bis*, autoriza a defesa técnica do imputado a buscar elementos de provas, em qualquer fase da persecução penal, inclusive para a revisão criminal ou na fase da execução penal. Desse modo, não há o monopólio dos órgãos oficiais, Ministério Público e Polícia Judiciária, para captação da prova, porquanto que a proposta da investigação criminal defensiva é a gestão proativa da defesa na captação da prova em paridade de armas.

Desse modo, o CCPI é a norma que dá independência à defesa técnica ao direito à prova. Sendo assim, a defesa técnica pode remeter diretamente ao juiz os elementos colhidos diretamente como o caderno da investigação. Inicialmente, o art. 38 do CCPI, facultava à defesa técnica angariar elementos de provas favoráveis ao imputado, como exercício do direito à prova, por meio de atos de investigação própria. Entretanto, esse dispositivo gerou uma interpretação restritiva da jurisprudência italiana, a qual afirmava que o advogado de defesa deveria apresentar o caderno investigativo, resultado das investigações, somente ao Ministério Público, o que ficou conhecido a “teoria da canalização”. Com uma reação a essa interpretação, a Lei nº 33/1995 foi editada para assegurar à defesa técnica o direito de apresentar diretamente ao magistrado os elementos de provas obtidos na investigação própria, além de obrigar ao juiz o dever de inserir a documentação nos autos da investigação preliminar. Essa medida representou a possibilidade de equilibrar as partes no sistema de persecução italiano em todas as fases do procedimento.³³⁴

Porém, a possibilidade de investigação paralela pela defesa técnica deve sempre observar os mesmos requisitos processuais das provas obtidas em Juízo. Com efeito, a investigação criminal defensiva, em uma situação ideal, na Itália busca a lealdade na gestão da prova, mesmo tendo o sujeito parcial, já que tem natureza privada. Assim, a defesa técnica

³³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juízes são esses. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, Janeiro 1995, p. 01-02.

³³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85-86.

produz o seu próprio caderno de investigação. Porém, no plano da realidade, há certa desconfiança dos juízes acerca do valor probatório, já que o imputado não tem a obrigação para produzir a verdade que possa lhe trazer prejuízos, em nome do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual é uma garantia constitucional.

Em linhas gerais, a persecução penal italiana de primeiro grau de jurisdição é dividida em três grandes fases: a primeira trata das investigações preliminares, a qual é conduzida pelo Ministério Público, quando são captados todos os elementos de provas relacionadas ao fato típico. Na segunda fase, tem-se a audiência preliminar, em que o juiz faz uma análise da pertinência formulada pelo *Parquet*, com fulcro nas provas apresentadas, e decide se o acusado vai julgamento ou é caso de arquivamento, e, por fim, a derradeira fase é a dos debates que se dar por meio da dialética entre acusação e defesa, em que são observadas todas garantias do justo processo, dentre elas, o direito de se defender provando e o princípio do contraditório em paridade de armas.³³⁵

4.1.6 Aspectos práticos da investigação criminal no sistema italiano

Considerando que a investigação criminal defensiva na Itália tem sua regulamentação no Código de Processo, o qual parte do pressuposto de proporcionar a paridade de armas para as atividades investigativas entre os órgãos de persecução penal e a defesa técnica, neste ponto faz-se uma breve abordagem sobre como na prática se dá a coleta da prova.

Neste cenário, além das testemunhas, provas orais, a defesa técnica vai atrás de documentos, os quais podem estar em poder da administração pública ou de um particular. Sendo assim, o advogado no sistema italiano tem a prerrogativa funcional de requisitar diretamente informações e fontes de provas de órgão oficiais, desde que, relacionados com a investigação. Se houve resistência para fornecer os documentos, a defesa técnica tem que se socorrer ao Ministério Público. Neste ponto, a doutrina italiana faz uma crítica, uma vez que quebra a paridade de armas.

Fazendo um contraponto com o sistema de persecução penal brasileiro, há uma similitude. Com efeito, a Constituição Federal assegura ao advogado a prerrogativa da administração da justiça, o que lhe confere poderes para a obtenção de documentos. Acrescente-se que a Carta Magna ainda consagra como direito fundamental o direito de

³³⁵ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

petição. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê no art. 7, XIV,³³⁶ confere o direito à defesa técnica ao acesso para examinar documentos que estão em curso de investigação, desde que estejam documentados no inquérito policial.

Em regra geral, a matriz do modelo anglo-saxão é a referência para a assistência jurídica italiana, a qual é composta pela defesa de ofício e o patrocínio a expensas do Estado. Essa última é para assegurar a assistência de advogado, gratuitamente, aos necessitados para a defesa em juízo, que pode ser dividida em dois institutos: a *difesa d'ufficio* dedicada à atuação no processo penal e o *patrocinio a spese dello stato* que atua em todos os ramos do direito, inclusive no penal. Ainda cabe destacar que, embora na Itália não haja um Órgão oficial de Defensoria Pública para a assistência e a defesa de interesses dos hipossuficientes, o Estado garante o direito de defesa. Ademais, garante também o assistente técnico e um investigador privado para a realização de atos investigativos para captar provas à favoráveis ao imputado.³³⁷

A defesa técnica tem possibilidade de acesso ao local de crime, o que, em tese, aumenta o contraditório. Neste contexto prático, o advogado, por meio de peritos, pode realizar perícias técnicas não repetíveis, as quais são provas cautelares. Por outro lado, há uma preocupação da credibilidade da prova, colhida por autoridade própria da defesa, já que existe também a possibilidade de alteração do local, não observância da cadeia de custódia da prova ou na manipulação das diligências, com a finalidade de atrapalhar as investigações dos órgãos oficiais. Dessa forma, é assegurando ao Ministério Público o direito de participar do ato, podendo a autoridade de polícia judiciária, substituir o *parquet*.³³⁸

4.2 A natureza jurídica da investigação criminal defensiva

A identificação da natureza jurídica tem uma relevância para os operadores das ciências jurídicas rotularem “os fatos do mundo e os atos do homem”, ao seu preciso enquadramento técnico no sistema jurídico, para saber quais normas jurídicas recaiam sobre eles. A propósito, seguindo as lições de José Cretella Júnior tem-se que: “*natureza jurídica* é a posição do instituto ou da relação, no sistema jurídico que lhe é próprio. Determinar a

³³⁶ “art. 7º, XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;” BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm> Acessado em: 20 de mai. 2020.

³³⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 193-199.

³³⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 265-267.

natureza jurídica de um instituto é localizá-lo de modo perfeito, no sistema de direito a que pertence esse instituto”.³³⁹

A partir dessa ilação, focando na investigação criminal defensiva, enquanto espécie do gênero investigação criminal, a sua natureza jurídica é relacionada em função dos atos predominantes praticados pela defesa técnica em busca de elementos informativos e provas no curso da persecução penal. Seu caráter é complexo, uma vez que podem ser praticados atos eminentemente extrapenais e jurisdicionais a partir do inquérito policial, mediante a intervenção do magistrado para a produção da prova, em casos que requerem a reserva da jurisdição, a exemplo de acesso às informações sigilosas, quebra de sigilos telefônicos, busca e apreensões.

Quanto à atuação da defesa técnica, quando promovida pelo advogado, este atua por meio de um contrato particular, por procuração, firmado com o imputado, que tem natureza privada. Por outro lado, quando a defensoria pública atua na defesa do imputado por força de lei para prestar assistência jurídica, terá natureza estatal e oficial no curso da persecução penal.³⁴⁰

Dito isso, é de se ver que, a investigação criminal defensiva é plenamente satisfatória, porquanto encontra fundamentação teórica na doutrina nacional e no direito comparado, com posições favoráveis que as justificam com rigor científico. Por essa razão, possibilita, em tese, ampliar o direito de defesa baseado na epistemologia atinente à produção da prova técnica no seu caráter teórico prático, mesmo com as críticas desfavoráveis, já apontadas nesta pesquisa.

De fato, a defesa técnica, por meio da investigação criminal defensiva, prepara seu próprio caderno investigativo, como um procedimento que pode ser prévio à ação penal, a cargo do advogado, que pode utilizar peritos das mais diversas áreas do conhecimento, em casos de provas técnicas. Como regra geral, a investigação criminal defensiva é um procedimento direcionado à prospecção da prova diretamente pela defesa que terá como destinatário imediato a autoridade policial, quando na fase pré-processual, e ao juiz, quando na fase do processo.

Para Gabriel Bulhões, a investigação defensiva pode se dar em quatro espectros na seara criminal, conforme as possibilidades de atuação do advogado. Sendo assim, o autor

³³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 75.

³⁴⁰ Rogério Lauria Tucci esclarece que a Defensoria Pública é uma “instituição tipicamente social de ‘advocacia do povo’, prestar-se-á para a necessária e prévia orientação jurídica, bem como para a defesa, pré-processual e processual, em todos os graus de jurisdição, das pessoas desprovidas de recursos financeiros para o respectivo custeio”. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 104.

propõe sua teoria para a investigação criminal defensiva ao imputado, à vítima, aos aspectos empresariais (que podem ser não criminais) e no contexto da colaboração premiada. Desse modo, Bulhões abre a investigação criminal defensiva até mesmo para a busca de informações sobre interesse corporativos de empresas, que não incluem aspectos de natureza criminal.³⁴¹

De outra banda, para Franklyn Roger, a investigação criminal defensiva é o gênero que tem por objeto defender os interesses dos sujeitos, imputados, os quais queiram que sejam praticados atos investigatórios independentes, a parte das atividades dos órgãos estatais de repressão penal. Desse modo, ela se desenvolve por meio do inquérito defensivo, como uma ferramenta destinada a coletar informações a favor do imputado (suspeitos, indiciados, acusados e condenados) ou por meio de outro instrumento, o inquérito auxiliar, quando realizado pelo querelante, vítima ou assistente de acusação.³⁴²

Portanto, a investigação criminal defensiva tem autonomia, em relação à investigação pública, e instrumentalidade no emprego de suas técnicas investigativas variáveis de acordo com a natureza do tipo penal. Portanto, a defesa técnica vai adequar logicamente às provas constatadas, possíveis e imagináveis, para fazer valer suas teses defensivas metodologicamente para a demonstração da verdade, com o objetivo de obter uma situação mais favorável ao imputado. Com efeito, há uma pluralidade de concepções científicas que a investigação criminal defensiva pode utilizar para a revelação da prova científica a critério do defensor técnico, já que este conhece o direito, mas não domina tantos outros ramos do conhecimento.

Essa complexidade da investigação criminal defensiva demonstra que é preciso estabelecer parâmetros racionais e objetivos para a prática de seus atos investigativos, estabelecendo direitos e limites que busquem a igualdade de paridade de armas na persecução penal para a produção da prova.

³⁴¹ “Surge, assim, para o advogado, na área criminal, algumas possibilidades de atuação. Para fins didáticos, portanto, propomos a seguinte taxonomia, sendo tratada a investigação defensiva (*lato senso*) como um gênero, do qual fazem parte quatro espécies: i) investigação defensiva *stricto senso*; ii) investigação defensiva dos interesses das vítimas; iii) investigação defensiva corporativa; e, iv) investigação defensiva colaboracional”. In: DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>> Acesso em: 20 mar. 2021.

³⁴² Para o autor: “Isso quer dizer que a investigação criminal defensiva se desdobra: 1 – no inquérito defensivo quando o seu interesse ocupa posição de sujeito ativo de determinada conduta criminoso; 2- no inquérito auxiliar quando o interessando ocupa a posição de sujeito passivo de determinada infração penal”. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 461.

4.3 Objetivos da investigação criminal defensiva na persecução penal

Neste tópico, o que se almeja é a busca de subsídios teóricos para embasar os objetivos da investigação criminal defensiva em um modelo de persecução penal acusatório. Como defendido nesta pesquisa, é possível um contraditório proativo na produção e coleta de provas favoráveis ao investigado diretamente pela defesa técnica, com autonomia, em equidade de armas, para levar ao bojo do processo.

É possível distinguir em linhas gerais a investigação criminal defensiva, enquanto uma ferramenta para a realização e concretização do direito na produção da prova pela defesa técnica, e enquanto direito fundamental à prova em contraditório proativo do imputado. Essa percepção permite apontar que o direito à prova está intimamente relacionado aos atos práticos na produção da prova:

O direito à prova caracteriza um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação* e de *defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.³⁴³

Com defende André Augusto Mendes Machado, a investigação defensiva “é uma garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”.³⁴⁴ Dessa afirmação, é possível deduzir que a defesa técnica pode reunir seu próprio acervo probatório, com a finalidade de dar suporte as suas teses defensivas em equidade de armas no curso da persecução do crime.

Por sua vez, na condução da investigação criminal defensiva, Franklyn Roger Alves Silva aponta quatro propósitos que ela deve ter:

Em nosso pensamento, acreditamos que ela possa ser realizada em quatro propósitos distintos: a - coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; b- complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação; c- coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; d- identificação do panorama probatório que pesa contra o acusado e

³⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 43.

³⁴⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

permissão de uma avaliação do seu comportamento na relação processual, a estratégia defensiva de reação à imputação.³⁴⁵

Entretanto, essa pesquisa focou na produção da prova favorável ao imputado em sintonia com o princípio *nemo tenetur se detegere*. Com efeito, não tem por objetivo a investigação criminal defensiva elucidar o crime, comprovar a autoria, a materialidade e as circunstâncias que se deram os fatos que possam prejudicar o imputado no curso da persecução penal. Essas atribuições são dos órgãos de controle penal do Estado, notadamente a polícia e o Ministério Público. Como já frisado, o defensor técnico, por ser parte parcial, deve fazer valer o contraditório e a ampla defesa no interesse de seu cliente.

Geraldo Prado sustenta que a defesa técnica, por meio da investigação criminal defensiva, tem por objetivo buscar, selecionar e produzir porções de informações que possam influir em juízo na busca da verdade em um sistema penal acusatório. Daí que há necessidade para a defesa técnica traçar suas próprias estratégias de defesa na busca de uma situação mais favorável ao imputado.³⁴⁶

Seguindo as lições de Francisco da Costa Oliveira, o “arguido”, que nesta pesquisa é denominado de “imputado”, pode também colaborar por meios próprios com a investigação defensiva. Neste caso, o autor português enumera algumas diligências que podem alcançar o objetivo e dar maior eficiência à defesa técnica para o estabelecimento de suas estratégias de defesa:

O da comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; o da desresponsabilização do arguido em virtude de actuação de terceiros; o da exploração de factos que integram as causas de excludentes de ilicitude ou da culpa; o dos possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados factos; a vulnerabilidade técnica ou material de determinadas perícias ou exames forenses realizadas pelos órgãos de polícia criminal; o exame do local e a reconstrução do crime, em busca das razões de incoerência das teses acusatórias; o da identificação e localização de possíveis testemunhas; o da identificação e localização de possíveis peritos.³⁴⁷

Conclusão análoga é a de Édson Baldan que enumera diversos fatores que justificam a pertinência de uma investigação defensiva em nosso sistema jurídico:

Vislumbram-se como inexoráveis vários benefícios como consequência direta ou reflexa da atividade do defensor que dirige sua própria investigação, em qualquer fase ou estágio da persecução penal: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia

³⁴⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 469.

³⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 42.

³⁴⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 56.

judiciária e o Ministério Público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou hipertrofia) de uma categoria profissional: os investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do advogado (dentro e fora do processo), transmutando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários e de prova; f) maior proximidade do processo penal com a verdade “real” atingível pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade maior do Magistrado ao proferir seu decisum com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita égalité des armes.³⁴⁸

Por sua vez, André Augusto Mendes Machado frisa os objetivos da investigação criminal defensiva quanto aos seus aspectos gerais de procedimentos investigatórios:

Prática de atos de investigação (e não de provas); (II) pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; (III) em qualquer momento da persecução penal; (IV) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a est; (V) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.³⁴⁹

No que toca às fases da persecução criminal, a investigação defensiva pode ser dividida em quatro momentos: “1-Após o cometimento do delito e antes da investigação criminal; 2- concomitante à investigação criminal; 3- concomitante ao trâmite do processo em qualquer fase ou grau ou grau de jurisdição; 4- após o trânsito em julgado do processo penal”.³⁵⁰ Percebe-se que a investigação defensiva tem um espectro amplo de atuação, em razão de que pode fazer a prospecção de fontes de provas, antes mesmo da instauração do inquérito até após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, essa para o manejo da ação revisão criminal.³⁵¹

Portanto, a análise desses aspectos, eminentemente práticos e teóricos, tem o condão de demonstrar os objetivos da investigação criminal defensiva de formas adequadas para atingir a o seu papel efetivo para formar as teses de defesa desde o inquérito policial.

³⁴⁸ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253- 273, jan./fev. 2007, p. 269.

³⁴⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

³⁵⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 463.

³⁵¹ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

4.4 A investigação criminal defensiva como garantia constitucional ao direito de defesa

A produção da prova pela defesa é no cânone constitucional da justa persecução penal como direito fundamental e garantia da inviolabilidade do direito de defesa, as quais se materializam em diligências investigativas que são levadas aos autos do processo para a demonstração da verdade dos fatos.

No seu art. 5º, LXXIV, a Constituição Federal estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.³⁵² Desse modo, a Carta Magna exige que o imputado seja assistido e representado, durante a persecução penal, por um advogado, com bem observa Edgard Silveira Bueno Filho: “não se preocupou com o direito formal à defesa, mas real e efetivo direito a ela”.³⁵³ Esse dispositivo constitucional, norma fundamental de primeira geração, indica que durante o curso da persecução penal o imputado está na presunção de condição de hipossuficiência, inferioridade em relação ao poder da autoridade estatal.

Além dessas bases, Marta Saad estabelece cinco ordens de fundamentos: político, lógico, natural ou psicológico, deontológico e processual, os quais justificam a necessidade da assistência de advogado na persecução criminal:

O fundamento político, segundo o qual o direito de defesa é garantia contra agressões e despotismo; o fundamento lógico, pelo qual a toda acusação deve corresponder uma defesa, em um encontro dialético; o fundamento natural ou psicológico, segundo o qual o acusado carece de tranquilidade para se defender; fundamento deontológico, pelo qual o acusado necessita de conhecimento, experiência e serenidade para se defender, e, por fim, o fundamento processual, segundo o qual a defesa trabalha a serviço do descobrimento da verdade, em igualdade processual.³⁵⁴

Daí ser plausível concluir que a construção do princípio do contraditório é corolário do direito à defesa ampla, os quais são assegurados pela Carta Política no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.³⁵⁵ A demonstração da verdade dos fatos, atos e do próprio direito discutido em litígio, é feita por tudo aquilo que

³⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. > Acesso em: 05 abr. 2020.

³⁵³ BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.

³⁵⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 227-228.

³⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. > Acesso em: 05 abr. 2020.

contribui para a formação do convencimento do juiz e das partes. Desse modo, afirma Claus Roxin: “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”.³⁵⁶

Neste cenário, o direito de defesa não pode ser visto como um empecilho à aplicação ao poder punitivo do Estado, mas uma garantia eficaz antes do julgamento. Por isso, cabe ao juiz buscar o equilíbrio entre o pêndulo das garantias constitucionais do imputado e o “combate ao crime”, com o alinhamento dos postulados do devido processo penal. A propósito, o juiz está sempre para dirimir os conflitos entre os princípios garantistas da defesa e a busca pelo *jus puniendi* para prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e com a devida segurança jurídica, pois este sempre foi um princípio extremamente privilegiado em nosso ordenamento.³⁵⁷

Para Aury Lopes Junior, o direito de defesa é um direito natural, imprescindível, inalienável, inviolável e inderrogável para a administração da justiça. Negá-lo implica violar os mais elementares postulados dos direitos fundamentais.³⁵⁸ Entretanto, pode o Estado restringir o tal direito, uma vez que do outro lado, pode entrar em conflito com os direitos fundamentais das vítimas e o da não impunidade.

Cabem, neste momento, as palavras de Welton Roberto para esclarecer que a paridade de armas é uma condição necessária para o equilíbrio das partes durante a *persecutio criminis* no sistema acusatório:

Não se poderá mais viver com um contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, enquanto a outra é sempre notificada e cientificada para encontrar falhas, defeitos, obscuridade naquilo que se apresenta, impedindo-a de realizar também sua própria busca probatória, pois assim o estado de garantia de ampla defesa estará manietado e obstaculizado pelas normas infraconstitucionais, o que inviabiliza uma verdadeira condição paritária na concepção da prova.³⁵⁹

Fundando-se nessa hipótese, garantir que o advogado de defesa possa requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para um debate sobre a perícia oficial, é hoje papel necessário e indispensável à nova Ciência Criminal que se abre para o futuro, aliada ao justo processo, que é um *plus* do sistema acusatório.

É importante ressaltar, neste ponto, a visão de Geraldo Prado sobre a missão do advogado que milita na seara criminal. Sob essa perspectiva, o autor aponta que a defesa

³⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 183.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 5-6.

³⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 240.

³⁵⁹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 68.

técnica não seja simplesmente um sujeito figurante durante a persecução penal, mas atuante tanto reativamente, como ativamente.³⁶⁰

Com pensamento no mesmo sentido, partindo da premissa de que o direito de defesa está diretamente associado ao direito inalienável e fundamental, concretizado na Carta Política, Welton Roberto assenta que a atribuição do advogado de integrar a formação da prova, através da investigação proativa, significa não mais aceitar que ele seja um “convidado de pedra” para compor a formalidade da persecução penal.³⁶¹

Em vista disso, é necessário um novo comportamento proativo do advogado de defesa, desde a fase investigativa, uma vez que a prospecção da prova, ainda que indiciária, são elas que, vias de regra, servem de lastro probatório para fundamentar as medidas cautelares e a denúncia do Ministério Público, o recebimento da ação penal, bem como a fundamentação para a decisão final do magistrado.

Embora no inquérito policial não exista, de fato, partes na relação processual, o contraditório pode restar prejudicado para defesa, enquanto produção da prova como reação defensiva? Certamente, a produção da prova da materialidade do delito, justa causa, que vai lastrear a ação penal, é produzida de forma unilateral pelos órgãos de persecução criminal do Estado. Não obstante, a Lei nº 13.245/2016, ao incluir o inciso XXI no artigo 7º, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração”,³⁶² deu o primeiro passo para mudar esse cenário e assegurar a defesa técnica participação efetiva na realização da prova.³⁶³

Considerando essa perspectiva, reconhecer o contraditório, a paridades de armas e a justa persecução penal, como uma amálgama de garantias fundamentais da pessoa humana durante a persecução penal, têm por escopo contribuir para o conhecimento dos instrumentos de tutelar de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

³⁶⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 42.

³⁶¹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134.

³⁶² BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm.> Acesso: em 20 de mai. 2020.

³⁶³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 542.

4.4.1 A investigação criminal defensiva como direito ao contraditório proativo

A investigação criminal defensiva tem um potencial a ser estendido na efetividade da paridade de armas na persecução penal, mesmo que haja limitações legislativas e materiais para a sua concretização. Nesta toada, no capítulo segundo, tratou-se do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, como garantias constitucionais do investigado ao direito de defesa, apesar das divergências doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14,³⁶⁴ a qual garante o contraditório diferido.

Valendo-se desses pressupostos, é possível desde a fase pré-processual e durante a persecução criminal, o imputado exercer seu direito subjetivo de defesa técnica, produzindo provas diretamente? Para enfrentar esse questionamento, primeiramente, é necessário reconhecer que o investigado não é mais um mero objeto de investigação, mas sim um sujeito da investigação. Importa lembrar neste tópico que a investigação defensiva é pautada nos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa e outros de natureza constitucional, os quais são garantias fundamentais, inerentes ao direito de defesa, como produção da prova por autoridade própria da defesa técnica, os quais iram garantir a justa persecução penal no sistema acusatório.

Embasando essa perspectiva, Aury Lopes Junior observa que na fase da investigação do fato típico, em regra, desenvolvida pela polícia judiciária, cujo objetivo é verificar, através de um juízo de probabilidade, se há elementos informativos mínimos a garantir que não seja leviana a instauração de processo criminal. Afinal, o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, pois a investigação preliminar também atende a um patente interesse garantista, quais sejam, evitar as acusações e os processos infundados.³⁶⁵

Como já visto no capítulo anterior, na fase da colheita dos elementos informativos, que é a fase da investigação preliminar, muitos deles são provas irrepetíveis, que vão lastrear a ação penal, sendo muitas vezes a prova que irá fundamentar a decisão judicial. Diante disso, o sistema acusatório requer que a defesa técnica assuma o seu papel decisivo para também buscar em paridade de armas o *quantum* de “verdade” que exige ao sistema penal garantista, o

³⁶⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

³⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes júris, 2006, p.33.

qual é fundado nos direitos fundamentais e princípios penais. Embasando essa ilação, Welton Roberto observa que um “sistema verdadeiramente acusatório deve ter a participação da acusação e da defesa em bases paritárias em cada fase e grau do procedimento, o interrogatório como instrumento de defesa, a investigação defensiva”.³⁶⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor português Francisco da Costa Oliveira entende que a defesa técnica do investigado tenha uma intervenção ativa para a descoberta da verdade desde as fases preliminares do processo penal, “oferecendo provas e requerendo diligências que se lhe afigurem necessárias”.³⁶⁷ Por essa razão, o escritor sustenta que a defesa técnica não deve deixar apenas a cargo dos órgãos de investigação do Estado a descoberta da verdade, mas da mesma forma buscar fatos e circunstâncias favoráveis aos interesse do imputado, que, em Portugal, é chamado de “arguido”.

Para dar aplicação prática a este estudo, calçado nas ideias de Francisco da Costa Oliveira, podem-se enumerar alguns benefícios decorrentes da investigação direta pela defesa técnica para o imputado, bem como para a administração da Justiça criminal. Dentre elas, a defesa criminal pode requerer a realização de diligências que lhe entenda conveniente para o interesse do imputado, com o auxílio da polícia judiciária e da perícia técnica oficial para obter todos os meios de provas. De maneira análoga à polícia, o advogado tem o poder de convocar testemunhas para obter depoimentos, que serão juntados ao inquérito policial como intervenção da defesa técnica.³⁶⁸ Dessa forma, o advogado de defesa deve produzir seu próprio inquérito defensivo com o propósito de captar elementos informativos e provas para defender seu cliente em juízo.

Constata-se, portanto, que a investigação direta pela defesa técnica não irá, em tese, garantir apenas um contraditório pautado em conteúdos linguísticos, provas de testemunhas, para contrapor aos fatos e provas trazidas pelos órgãos de persecução do Estado. Nesse sentido, são basilares as palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar sobre a produção da prova para a reconstrução histórica dos fatos, com a finalidade de convencimento do julgador:

O processo, na visão ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam

³⁶⁶ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 67.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 18.

³⁶⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 19-20.

em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos.³⁶⁹

Conquanto a investigação defensiva seja uma função inovadora, que vem ganhando espaço entre os criminalistas brasileiros, a doutrina italiana já a discutia há algumas décadas, conforme trecho escrito por Vincenzo Mancini em 1968 sobre a atividade do defensor para captar a prova diretamente:

Pode encontrar testemunhas que o imputado não saberia indicar e que a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Juiz de instrução não conseguiram descobrir, ou ter informações sobre a credibilidade das testemunhas contratadas pela autoridade, sobre a vida já conduzida pelo imputado, sobre a forma, sobre o lugar, sobre a hora do crime, sobre a existência de circunstâncias particulares, etc. Todos estes elementos são evidenciados pela atividade apaixonada, astuta e diligente do defensor, Giovano, para descobrir a verdade, e não apenas para a defesa, e não incompatível com ela; em outras palavras servem para estimular a diligência e eu, em outras palavras, sirvo para estimular a diligência e as atividades do juiz e do Ministério Público, bem como para integrá-la.³⁷⁰ (Tradução Livre).

O direito de se defender provando pressupõe o reconhecimento de que o defensor técnico assume o papel e a função de também integrar a formação da prova, não só realizando o seu trabalho através do *adversary system (cross examination)*, mas contribuindo positivamente no convencimento do magistrado mediante um trabalho ativo na busca investigação e realização proativa no processo. Até por que o direito de defesa se vincula aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, consagrados e garantidos em praticamente todas as cartas política liberal-democráticas.

Desse modo, Antonio Scarance Fernandes defende a ideia da reação defensiva à imputação, a qual pressupõe eficiente sistema garantista, alinhada com os postulados do devido processo legal:

Não basta, assim, para eficaz reação defensiva, estarem definidas e serem distintas as funções de acusar, defender e julgar, firmando-se um sistema acusatório. É necessário que, esse sistema, a defesa se encontre acobertada pelas garantias

³⁶⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 307.

³⁷⁰ “Si possono trovare testimoni che l’ imputati non saprebbe indicare, e che la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il giudice istruttore non riuscirono a scoprire, oppure avere informazioni sulla credibilità dei testimoni assunti dall’ autorità, sulla vita già condotta dall’ imputato, sul modo, sul luogo, sul tempo del reato, sull’ esistenza di circostanze particolari, etc. tutti tali elementi, posti in luce dall’ appassionata, accorta e diligente attività del difensore, Giovano alla scoperta della verità, e non soltanto alla difesa, e non con essa incompatibili; in altre parole servono a stimolare la diligenza e l’ in altre parole servono a stimolare la diligenza e l’ attività del giudice e del pubblico ministero, oltre che ad integrarla”. MACINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano**. 6. ed. Aggiornata da G. Conso e G.D. Pisapia, II: TORINO, 1968, p. 552. *Apud*, ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 132-133.

fundamentais do devido processo legal, com poderes amplos para reagir à acusação, em posição de equilíbrio.³⁷¹

Embasado nesta perspectiva, vale destacar ainda que Luigi Ferrajoli elenca o princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação, o princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório ou da defesa, como axiomas deontológicos para um modelo ideal garantista, a fim de legitimar o sistema penal acusatório e submeter o imputado à persecução penal justa.³⁷²

Sendo assim, sustenta Ferrajoli que uma das preocupações essenciais da teoria do Garantismo Penal reside exatamente na formação do convencimento judicial, ou melhor, na exigência de uma decisão judicial fundada no verdadeiro conhecimento. Desse modo, o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional confere liberdade ao juiz para decidir e avaliar as provas que lhes são apresentadas, desde que o faça de forma motiva, conforme regra constitucional do art. 93, IX³⁷³ e o que se extrai do art. 155 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.³⁷⁴

Eugênio Pacelli diz que a verdade processual situa-se no âmbito de um saber-poder, de tal maneira que tanto mais garantista será o processo destinado à produção da verdade processual, tendo o juiz o dever de orientar-se pelo conhecimento efetivo dos fatos, sendo-lhe vedado construir o seu convencimento a partir de eventuais sentimentos e convicções pessoais sobre o direito em disputa e, sobretudo, sobre as pessoas em disputa.³⁷⁵

Sob um viés crítico, Rosmar Rodrigues de Alencar defende que, conquanto o inquérito policial ostente natureza inquisitiva, é necessário assegurar ao causídico condições efetivas para produzir provas técnicas:

³⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

³⁷³ “art. 93, X. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

³⁷⁴ BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 150.

Como o inquérito policial não há, de fato, a atuação de partes, restará prejudicado o contraditório no ponto, com produção de prova que lastreia a materialidade de forma unilateral pelo Estado. O contraditório posterior, no curso do processo, dificilmente terá efetivas condições de restituir a garantia prejudicada pela não participação defensiva temporaneamente à realização da prova técnica.³⁷⁶

Com essa argumentação, soa compatível que a atuação proativa da defesa técnica é imprescindível para fixar as bases da paridade de armas no processo penal, com a finalidade de se atingir a justa persecução penal, conforme valores constitucionais modernos.

4.5 A investigação criminal como garantia da paridade de armas no processo penal

Pelos fundamentos alinhados neste estudo, conferir paridade de armas à defesa técnica e ao Ministério Público é uma maneira de dar efetividade ao processo penal e a prestação jurisdicional com a finalidade de garantir direitos fundamentais do imputado, para a produção da prova diretamente pela defesa técnica.

Daí que a fundamentação teórica da investigação criminal defensiva tem por base a Teoria do Garantismo Penal e os elementos da estrutura do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas e outros, nos seus aspectos pragmáticos e concretos da persecução penal, em que a defesa técnica do imputado tem uma função proativa na produção da prova. Sendo assim, a investigação criminal não fica restrita no âmbito do formalismo inócuo da finalidade protetiva dos direitos fundamentais, uma vez que é uma vertente da paridade de armas na produção probatória na busca do equilíbrio entre partes na justa persecução penal.

Estabelecidos os elementos essenciais da investigação defensiva, cabe neste momento, trazer o que ela significa, conforme André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan:

Entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais.³⁷⁷

³⁷⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 542.

³⁷⁷ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

Considerando essa perspectiva, o objetivo da investigação criminal defensiva é reduzir o abismo entre acusação e defesa no curso da persecução penal, notadamente na produção probatória, para que se tenha, em tese, a paridade de armas entre as partes. Sob esse prisma, ela busca a efetivação do devido processo penal justo, com argumentos úteis para a limitação do poder punitivo estatal, como método para instrumentalizar o conteúdo de material probatório da defesa técnica. Neste contexto, tem por função apta concretizar o direito de defesa para que ele não fique no plano meramente retórico, visto que assegura ao imputado, desde o início da persecução penal, a obtenção de meios de provas.³⁷⁸

Por outra perspectiva, a investigação criminal defensiva evita que sejam instaurados ações penais infundadas, o que aumenta a eficiência da Justiça Penal, além de consolidar os direitos fundamentais do imputado em paridade de armas na persecução penal. Welton Roberto esclarece que a paridade de armas não pode ser reduzida à condição de igualdade processual, mas uma condição de se igualar atores desiguais com seus respectivos direitos, deveres, ônus, garantias e faculdades:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo.³⁷⁹

Nota-se que a investigação criminal defensiva apresenta contornos práticos, ou seja, tem o propósito de expressar a utilidade prática para que o devido processo legal tenha uma efetividade pragmática estabelecida na atividade probante da defesa técnica. Isto posto, a Política Criminal pode permitir a conexão entre a não impunidade e os princípios penais e os processuais penais garantistas do Estado Democrático com os valores constitucionais para prevenir a criminalidade. Neste ponto, Rosmar Rodrigues de Alencar faz uma análise pertinente ao tema: “Daí que o devido processo legal deve ser entendido como algo mais abrangente que o cumprimento das formas. As formas legais são cogentes, porém sempre lidas em compasso com o núcleo constitucional”.³⁸⁰

Por outro lado, atualmente há a tendência de que os programas de políticas criminais sejam no sentido da tolerância zero, lei e ordem, em outras palavras, maximalista na parte punitiva e minimalista na parte social. Neste contexto, o direito penal tem caráter simbólico e

³⁷⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 12.

³⁷⁹ Roberto, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

³⁸⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 336.

repercussões políticas midiáticas e eleitoreiras. Nesta trilha, o Estado, como solução expansiva do direito penal pela política criminal, responde com o aumento das penas e a criação de novos tipos penais para o controle de criminalidade, sem nenhuma preocupação com as violações dos direitos fundamentais do imputado, para dar uma falsa impressão de segurança para a sociedade e combate à impunidade, com o argumento falacioso da efetividade da lei penal com efficientismo, o que constitui o direito penal de emergência.³⁸¹

Como se depreende, a Política Criminal efficientista não está preocupada com a efetividade da lei penal, mas em passar uma falsa mensagem (simbólica) de segurança e controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática. Nesta perspectiva, o efficientismo é uma forma de direito penal de emergência, que não observa o caráter subsidiário, *ultima ratio*, de acordo com a concepção liberal clássica e se converte na *prima ratio*, como uma panaceia para enfrentar os mais diversos problemas sociais.

Todavia, Francisco Muñoz Conde argumenta que há outras instâncias muito mais eficazes e sutis que o sistema político-penal para o controle social, uma vez que a norma penal não cria efetivamente valores ético-morais, os quais irão motivar o comportamento humano. Desse modo, sustenta o autor que só tem sentido uma política criminal em um contexto muito mais amplo de controle social, que envolve um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.) por intermédio de instrumentos de educação e socialização de seus membros.³⁸²

A estrutura jurídico penal está incrementando a criação de tipos penais, os quais dão corpo a chamada expansão do direito penal, como medidas sancionadoras destinadas a combater à criminalidade. Nesta circunstância, defende-se a revitalização de garantias do imputado. É no âmbito do direito processual penal que o direito penal do inimigo é mais visível e concentra seus esforços para desmontar o direito penal garantista. Com efeito, a estrutura jurídica volta-se em torno da antecipação da punição com o incremento substancial imposição de prisões cautelares, facilitação de controles corporais, de intervenções em âmbitos privados sem controle judicial, uso generalizados de agentes infiltrados, limitações do direito de defesa, reconsideração da nulidade da prova obtida ilicitamente, etc.³⁸³

Sob essa ótica, a Política Criminal expansiva do direito penal é um limitador das garantias constitucionais, o que reflete diretamente no direito de defesa. Examinando os

³⁸¹ CALLEGARI, André Luiz, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 132-133.

³⁸² CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22-23.

³⁸³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luiz Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 84-85.

motivos que potencializam as ideias do direito penal do inimigo, constata-se a pressão da sociedade e de diversos subsistemas sociais, singularmente o econômico e o político, para que o sistema penal seja célere e eficaz, no combate contra o crime:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.³⁸⁴

Neste cenário, infere-se do pensamento de Jakobs, pelo menos três vieses de ordens práticas em clara afronta aos princípios constitucionais garantistas: criação de tipos penais mais severos direcionados aqueles considerados inimigos do Estado, antecipação de pena, desproporcionalidade na aplicação das penas e na supressão ou relativização de garantias processuais penas.

Portanto, essa política criminal célere e efficientista na prática deprecia os princípios basilares do direito penal moderno, dentre eles: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade das penas, subsidiariedade, fragmentariedade etc. Vale realçar o ponto de vista de Alberto Jorge sobre a legitimidade do Direito Penal: “O aparato estatal não deve, nem pode, buscar no Direito Penal uma (aparente) solução para os problemas sociais, transferindo ao plano simbólico o que deveria resolver com ações políticas, administrativas e econômicas”.³⁸⁵

Tudo isso tem reflexos no modelo de persecução penal, com supressões de garantias individuais nos planos material e formal, o que viola do ponto de vista jurídico, o devido processo legal na medida em que suprimem os direitos e as garantias constitucionais previstas na Carta Magna, em especial, as que compõem no rol do artigo 5º, o que degenera o justo processo penal.

Diante desse conflito entre política criminal expansiva e garantista, Jesús-María Silva Sanchez propõe uma perspectiva “moderada”, em que pondera as duas vertentes de modo a encontrar um ponto médio entre funcionalidade e garantia:

³⁸⁴ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

³⁸⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista.³⁸⁶

Portanto, há um espaço de expansão do direito penal dentro do razoável, mas por outro lado, não pode haver um distanciamento das garantias processuais penais do imputado com o propósito de combater a criminalidade com celeridade e eficiência.

Vicente Greco Filho sublinha que “o processo constitucionalmente estruturado” é uma garantia indispensável do imputado contra o arbítrio estatal, bem como tem uma função repressiva, uma vez que submete o próprio Estado ao devido processo legal.³⁸⁷

Com efeito, em uma leitura sem a observância dos princípios garantistas do sistema penal, o causídico, no Brasil, na fase investigativa, não pode produzir diretamente elementos informativos, por uma interpretação literal, uma vez que a autoridade policial terá a discricionariedade de realizar ou não a diligência requerida, de acordo com o Código de Processo Penal: “art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Não obstante, Eugênio Pacelli, mesmo não aceitando o contraditório na fase investigativa, entende que a defesa pode dar andamento as investigações, o que poderá facilitar sobremaneira o exercício da função estatal de persecução criminal:

Embora, nos termos da Lei, caiba à autoridade policial deferir ou não a indicação de providências pela defesa e pelo ofendido, pensamos que o sistema de direitos fundamentais deduzido da Constituição da República autoriza entendimento em sentido contrário, desde que e sempre que a providência não causar tumulto ou embaraço às atividades de investigação.³⁸⁸

É nesse sentido decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, acerca das diligências requeridas à autoridade policial, a qual é no sentido de que sejam concedidas:

(...) Embora seja o inquérito policial procedimento preparatório da ação penal (HC s 36.813, de 2005, e 44.305, de 2006), é ele garantia “contra apressados e errôneos juízos” (Exposição de motivos de 1941). Se bem que, tecnicamente, ainda que não haja processo – daí que não haveriam de vir a pelos princípios segundo os quais

³⁸⁶ SILVA, Jesús-Maria Sánchez. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

³⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-84.

³⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; Douglas Fischer. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 45.

ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa –, é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (HC -44.165, de 2007). A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc. Cabimento do habeas corpus (Constituição, art. 105, I, c). **Ordem concedida a fim de se determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas.**³⁸⁹

(grifei)

Por outro lado, o mesmo diploma legal, prevê, no art. 159, §§3º e 4º³⁹⁰, que as partes podem produzir provas técnicas, após a admissão do assistente técnico pelo juiz de direito. Cumpre observar que a faculdade de apresentação de laudo técnico pelas partes, sobretudo pela defesa, amplia sobremaneira o horizonte de prova, e, assim, o de convencimento judicial, acerca dos conhecimentos específicos de natureza científica.

Sendo assim, o elemento caracterizador da investigação criminal defensiva é que o imputado tenha garantido seu direito de defesa, na produção de provas diretamente pela defesa técnica, desde a fase preliminar, para que haja a paridade de armas entre acusação e defesa. De outro prisma, a investigação criminal defensiva é um direito fundamental do imputado em face do Estado-investigação, contra ações penais infundadas, sem justa causa, sem lastro probatório mínimo, que impede a movimentação desnecessariamente do aparato judiciário estatal.

4.6 A investigação criminal defensiva como instrumento de política criminal na busca do justo processo

A política criminal está inserida dentro do conjunto de políticas públicas, singularmente no âmbito das políticas sociais, e tem como meta última prevenir a delinquência por meio de parâmetros socialmente aceitáveis, respeitando as garantias fundamentais do cidadão.

³⁸⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sexta Turma. HC 69.405/SP. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3081/habeas-corpus-hc-69405>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

³⁹⁰ “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (...) § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão”. BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

No que tange ao justo processo, essa teoria parte de um modelo de persecução penal vinculado ao julgamento justo do devido processo legal de tradição anglo- americana.³⁹¹ Desse modo, a expressão “justo processo” encontra-se na disposição expressa da Constituição Italiana em seu artigo 111³⁹², o que deu novos contornos à ciência processual e impôs limites ao poder judiciário:

Neste contexto, para a concepção do sistema acusatório é fundamental estabelecer garantias processuais para uma justa persecução penal, faz necessário o contraditório proativo, o qual vai assegurar a paridade de armas como instrumento em torno do qual, fará o equilíbrio das partes no denominado justo processo.

Como bem observa Paulo Ferrua, para se alcançar a concepção de justo processo são necessários conteúdos valorativos dos direitos fundamentais de maneira objetiva:

Destas garantias, as mais complexas e também as mais ameaçadas - pelos mal-entendidos de que são objeto - são contraditórias, cuja essência está no direito das partes de falar, em igualdade de condições, sobre todas as questões relevantes para a decisão.³⁹³ (Tradução livre).

No que toca ao devido processo penal, sua tradicional função no sistema acusatório é “constituir o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros

³⁹¹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 54-55.

³⁹² Constituição da Itália: “Art. 111. A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação dirigida ao seu cargo, disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor; seja assistido por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada num processo. O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do arguido não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do arguido ou do seu defensor. A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derrogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recurso no Tribunal de Cassação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição”. Disponível em <www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORT_OGHESE.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2020.

³⁹³ “*Di queste garanzie, la più complessa e anche la più minacciata – per i fraintendimenti di cui è oggetto – è il contraddittorio, la cui essenza sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, su ogni tema rilevante per la decisione*”. In: PAOLO FERRUUA – II giudizio penale: fatto e valore giuridico. in FERRUUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005, p. 286. *Apud*, ROBERTO, Welton, **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 92-93.

institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa”.³⁹⁴ (*sic*). Por outro lado, as intenções político-criminal orientam o Sistema Jurídico Penal como um todo de modo que sua estruturação tenha maior eficiência, como também funcionalidade, fins de que se obtenha viabilidade do próprio sistema.³⁹⁵

Nesta perspectiva, o pressuposto básico para a efetivação da investigação criminal defensiva, enquanto medida de política criminal garantista, é a construção de um modelo de persecução penal que concilie as necessidades de garantias constitucionais do imputado, aliadas à funcionalidade e eficiência do sistema de Justiça Penal, mesmo com todas as suas limitações.

É por tal razão que a busca da funcionalidade da persecução penal é o primeiro momento, em termos de política criminal, ao sistema degradado pelos efeitos de uma lenta tramitação dos atos processuais, o que representa uma violação ao direito de defesa. De fato, é de crucial importância, por questões de política criminal, que a funcionalidade do processo penal prime pela celeridade e economia processual, mas sem perder de vista as garantias do devido processo legal iminentes ao imputado. Nesta toada, buscar o equilíbrio necessário entre a máxima eficiência na reconstrução histórica dos fatos, sempre observando as formalidades jurídico-processuais, com as garantias individuais do imputado é uma medida de proteger o inocente e de tratar corretamente o culpado.³⁹⁶

Os fundamentos de Julio Fabbrini Mirabete deixam evidentes as possibilidades de conciliação entre os vetores eficiência, garantia e funcionalidade como uma amálgama da persecução penal como aspectos práticos e utilitários:

Um processo penal de melhor qualidade, como instrumento mais adequado à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores mais graves atentados aos valores sociais vigentes.³⁹⁷

Dessa forma, a persecução penal justa é uma tensão interna que deve validar e legitimar o *jus puniendi* para que ninguém seja condenado injustamente. Diante disso, como regra, é preciso garantir ao imputado a produção de provas diretamente pela defesa técnica,

³⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.

³⁹⁵ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

³⁹⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 58.

³⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 16.

como viés da investigação criminal defensiva, para se buscar a verdade, o que é uma exigência de um modelo de política criminal que assegura a proteção dos direitos fundamentais em face da atuação expansiva punitiva estatal.

No tema não passou despercebido por Rubens Casara que, em uma perspectiva mais ampliativa, pondera a necessidade de repensar a persecução penal com a finalidade de limitar a opressão do poder dos órgãos de persecução do Estado para a concretização dos direitos fundamentais:

Diante desse quadro, impõe-se ressignificar o processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais. Resgatar a dimensão de garantia do processo penal, por sua vez, passa por reconhecer a necessidade de modificar a pré-compreensão dos atores jurídicos, afastando-os da tentação populista.³⁹⁸

Direcionado a atenção para a moldura teórica do Garantismo Penal, a qual defende a conformação de um modelo de Estado ideal, pautada nos valores éticos-políticos e justiça com as garantias dos direitos fundamentais. Além desse aspecto central, a aludida teoria é de tradição iluminista, estabelece axiomas prescritivos capazes de limitar o poder punitivo do Estado, que põem em risco as garantias individuais. É preciso notar que o Garantismo Penal tem impactos sobre as garantias processuais, tais como exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, a presunção de inocência, o direito à prova. Nesse sentido, o garantismo penal, nas palavras de Ferrajoli: “O modelo penal garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judiciário, enquanto condiciona a validade das decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, das suas motivações”.³⁹⁹

Essa percepção permite afirmar que a investigação criminal defensiva está umbilicalmente ligada à teoria do Garantismo Penal, como já dito no primeiro capítulo. De fato, o imputado fica, em tese, em paridade de armas e em igualdade de condições com os órgãos de persecução penal, o que lhe permite buscar diretamente por meio de seu defensor, elementos de provas que lhes sejam favoráveis, em paridade de armas com os órgãos oficiais de persecução penal.

Sendo assim, sustenta Ferrajoli que uma das preocupações essências da teoria do Garantismo Penal reside exatamente em uma condição *sine qua non*, para a responsabilidade

³⁹⁸ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 14.

³⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 16.

penal e aplicação da pena em um modelo penal justo que “inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade efetividade penal”.⁴⁰⁰

Como se depreende, a persecução penal há que repensar um modelo conciliatório entre o direito de punir e o direito de defesa que seja compatível com os postulados do justo processo penal, os quais submetem ao crivo do contraditório e da paridade de armas. No entanto, as sanções punitivas do Estado, não podem se distanciar do combate à impunidade daqueles quem violam as leis penais, mas, por outro lado, não podem mitigar o direito de defesa.⁴⁰¹

Não resta dúvida que o ponto nevrálgico da investigação criminal defensiva é a busca pela paridade de armas durante a persecução penal, em uma perspectiva entre funcionalidade e garantia. Por esse motivo, as finalidades da política criminal é encontrar soluções que combinem o vetor funcionalidade com respeito às garantias do imputado. Para isso, há a ponderação entre “os interesses da persecução penal e aqueles da liberdade do acusado que deverá resultar sempre de uma ponderação dos ditos interesses”.⁴⁰²

Enquanto política criminal, a investigação criminal defensiva tende a superar o modelo penal garantista e substituir pelo modelo do justo processo penal, como alternativa para uma referência de segurança cidadã. Isso significa dizer que, em termos pragmáticos, o modelo do justo processo penal apresenta mecanismos de efetivo direito de defesa no conjunto garantista, voltados a preservar o direito de defesa do imputado dos possíveis abusos dos órgãos de persecução penal estatal.⁴⁰³

4.7 Críticas à investigação defensiva: dificuldades e limites jurídicos para implementação no direito brasileiro

Considerando que a investigação criminal defensiva tem caráter privado, embora haja interesse público, pode ter um custo financeiro elevado para promover a defesa técnica do imputado na produção da prova. Diante disso, considerando ainda que a grande maioria dos imputados na seara do Direito Penal é desprovido de recursos financeiros, o que também é um enorme empecilho para sua eficiência na prática forense criminal.

⁴⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, “et al”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁴⁰¹ TASSE, Adel El. Mileo; ZANCONCINI Eduardo; PIASECKI, Patrícia Regina. **Novo Sistema de Prova Penal: comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 24.

⁴⁰² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 65.

⁴⁰³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

Destaque-se ainda que a Defensoria Pública não possui uma estrutura suficiente para concretizar e desenvolver as técnicas de investigação, além da grande demanda de processos e atendimentos diversos aos hipossuficientes. Neste panorama, verificam-se óbices consideráveis para a investigação criminal defensiva, o que não surtirá praticamente efeitos nos atos investigatórios.

Essas dificuldades apontadas expõem a falta de isonomia entre as partes durante a persecução penal. A propósito, vale destacar que quando a defesa técnica é precária no decorrer da persecução penal, até mesmo por falta de recursos financeiros, levará à falta de paridade de armas entre as partes. Nessa seara pragmática, Paula Bajer anota: “melhor admitir, portanto, que a paridade de armas está ausente no processo penal”.⁴⁰⁴ Por sua vez, Gilson Bonato aborda a mesma temática e expõe sua visão:

A falta de participação do acusado no processo tem se tornado um fato habitual, que já não mais impressiona ou questiona o posicionamento do julgador ou ainda do órgão que deve promover a Justiça. Raramente se ouve na audiência a voz do defensor protestando a presença do acusado ou pela redesignação do ato. Quando muito, simplesmente pede-se a “dispensa do réu”, o que é de plano deferido pelo juízo, quando não é este quem sugestiona ao causídico que a peça.⁴⁰⁵

O acesso de dados, considerados sigilosos, dependem de autorização judicial prévia, o que é uma limitação legal à atividade defensiva, haja vista que o advogado não tem, no exercício da investigação, os poderes coercitivos para obrigar terceiros a fornecer documentos, filmagens ou outros elementos que possam servir de elementos probatório.

Para minimizar essa falta de equidade de armas, especialmente, para os imputados que têm suas defesas patrocinadas pela Defensoria Pública, seria possível a criação de Departamentos de Investigação Defensiva com um quadro de servidores próprios de carreira e/ou cedidos de outros órgãos da administração, da mesma forma do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público. Sendo assim, a Defensoria Pública, por autoridade própria, respeitando a reserva jurisdicional, poderia produzir seu caderno investigativo, com a recolha de informações e fonte de provas favoráveis ao suposto autor do delito, em decorrência da sua independência funcional, prevista no art. 128, X, da Lei Complementar 80/1994.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

⁴⁰⁵ BONATO, Gilson. Por um efetivo “devido processo legal”. In BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Direito Processual: Uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 122.

⁴⁰⁶ “Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: (...) X - requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de

Como desenvolvido no terceiro capítulo deste trabalho, outra limitação que se pode impor é quanto à obtenção da prova e a sua cadeia de custódia que vão assegurar a credibilidade e a fiabilidade do elemento probatório, uma vez que pode haver interferências externas capazes de falsear o resultado pela busca da verdade. É relevante frisar que o caráter de confiabilidade do processo penal se legitima a partir da verdade, com a obtenção de elementos informativos e provas de modo lícito.⁴⁰⁷

Mais um aspecto delicado da investigação criminal defensiva é a má-fé na relação processual não controlada, apta a cometer abusos, acusações infundadas e temerárias, além dos usos do material probatório selecionado pelo casuístico. Isso se deve pelo fato da investigação criminal defensiva ter seus meios de captação da prova diretamente pelo advogado do imputado, o que causa, em certa medida, desconfianças.

Cabe sublinhar que a investigação criminal defensiva é incompatível com o instituto da delação premiada sob o enfoque ético, já que os elementos de provas produzidos pela defesa técnica devem ser utilizados em favor do imputado e não para atribuir delitos a terceiros. Além disso, a delação premiada certamente compromete à garantia constitucional de defesa do imputado, haja vista que ele se posiciona em cooperação com *parquet*, o que impossibilita, em certa medida, o efetivo trabalho da defesa técnica, especialmente no âmbito da investigação criminal defensiva. A explicação de Adel El Tasse se alinha a esses argumentos:

A promessa de que a colaboração com quem o acusa possa conduzi-lo à obtenção de benefícios penais faz com que o acusado posicione-se em situação contraditória de acusador de si mesmo, ficando impedida não só sua defesa pessoal, mas até mesmo a defesa técnica, pois os interesses de colaborador se chocam com as ações próprias de alguém que se defende e busca a absolvição em um processo criminal.⁴⁰⁸

Objetivando não permitir que o material probatório coletado durante a execução da investigação criminal defensiva seja utilizado com instrumento para uma delação premiada, o Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece no seu art. 5º que: “durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade,

suas atribuições”. BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm > Acessado em 20 de mai. 2021.

⁴⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86-87.

⁴⁰⁸ TASSE, Adel El. **Investigação preparatória**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 180.

intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas”.⁴⁰⁹ Eis a fonte normativa, embora de natureza administrativa, que traz em seu bojo a ética da investigação defensiva que a torna inconcebível com a delação premiada.

Note-se que há vários tipos penais, tais como falso testemunho ou falsa perícia, falsidade ideológica, falsificação de documento público ou particular, fraude processual, por exemplo, que podem ser atribuídos àqueles que atuam no desempenho da investigação defensiva. Por isso, é relevante frisar que os profissionais técnicos, os advogados ou os assistentes técnicos, que falsearem a verdade com informações ou cometerem fraudes durante a persecução penal, podem ser responsabilizados criminalmente, civilmente, além das infrações administrativas de acordo com o Código de Ética de cada categoria profissional.

Apontadas essas nuances, pode-se dizer que a defesa técnica deve sempre pautar-se pela ética profissional e boa-fé ao produzir diretamente a prova, em especial, a testemunhal para o processo, já que essa prova é questionável, por ser ela extremante falível, devido às falsas memórias sugestivas, especialmente no depoimento infantil e nos reconhecimentos. Até porque, na atuação da investigação criminal defensiva, a testemunha é convidada a depor pelo advogado de defesa e é ele mesmo que colhe o depoimento que vai compor o caderno investigativo defensivo. Desse modo, como sustenta Alexandre Morais da Rosa, é um grande embate de credibilidade quanto à versão narrativa das testemunhas, como tática de defesa, uma vez que pode falsear a realidade e se distanciar dos fatos que efetivamente ocorreram.⁴¹⁰

Ainda, cabe apontar como limitação da atividade da investigação direta pela defesa técnica é o valor probatório dos elementos de provas obtidos pelo causídico, frente aos órgãos de persecução penal do Estado. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes escreve sobre esse problema do valor da prova produzida pela defesa técnica:

Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.⁴¹¹

⁴⁰⁹ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso: em 15 mar. 2021.

⁴¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2015, p. 116 e ss.

⁴¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

Portanto, há de certa forma ainda um estranhamento em torno da investigação criminal defensiva, por ser ela privada e desprovida de positividade no ordenamento jurídico, o que leva à restrição quanto ao valor probatório produzido, bem como um instrumento de obstrução à atuação da justiça criminal por destruir, camuflar ou contaminar provas, com a finalidade de dissimular crimes, o que gera descredibilidade. Diante disso, é preciso *lege ferenda* sobre a investigação criminal defensiva quanto aos seus aspectos procedimentais e éticos como condição necessária para a realização da justiça em paridade de armas.

4.8 As necessárias alterações legislativas como medida de política criminal para a concretização da investigação criminal defensiva

O ponto de partida para concretizar instrumentalmente a investigação criminal defensiva são as alterações legislativas no ordenamento jurídico. De fato, é necessário que sejam definidos os contornos da investigação direta pela defesa, principalmente quanto às fontes normativas, para se precisar melhor as consequências jurídicas admitidas em direito, com a finalidade de balizar de forma racional o papel da defesa técnica na produção da prova.

Daí ser plausível conferir paridade de armas à defesa técnica e ao Ministério Público, como uma maneira de dar efetividade ao processo penal e a prestação jurisdicional com a finalidade de garantir direitos fundamentais do imputado para o justo processo penal. Neste contexto, como já tratado no primeiro capítulo, a investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público foi disciplinada pela Resolução nº 181/2017,⁴¹² editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o qual tem natureza de ato normativo. De igual modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou uma regulamentação, por ato normativo, Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018, sobre os aspectos éticos, a condução das diligências e os limites da investigação defensiva.⁴¹³

Cabe destacar, mais uma vez, que a Constituição Federal assegura ao advogado o pleno exercício da profissão, nos limites da lei, como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações.⁴¹⁴ Desta forma, garantir ao advogado

⁴¹² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso: em 15 mar. 2021.

⁴¹³ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: < <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso: em 15 mar. 2021.

⁴¹⁴“Art. 133. o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da

de defesa requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, é hoje necessário e indispensável para a concretização da investigação criminal na justa persecução penal.⁴¹⁵

Esse preenchimento de espaço envolve que sejam criadas normas para reger o assunto. Não fora de propósito, o Pacto de São José da Costa Rica, na primeira parte do item 5, do artigo 7º,⁴¹⁶ garante a realização da audiência de custódia do preso em flagrante delito que deve ser apresentado ao juiz. É mais uma oportunidade para a defesa técnica fazer valer da investigação criminal defensiva para que a prisão ilegal seja relaxada.

De todo modo, como já mencionado nesta pesquisa, a dogmática poderá dar impulso na legislação com a aprovação do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009,⁴¹⁷ o qual estabelece a investigação criminal defensiva, através da ação probatória diretamente pela defesa técnica do suposto autor do fato definido como crime.

De outra vertente, está a política criminal modernizadora, a qual tem a proposta de trocar garantias por eficácia, a partir do fenômeno da expansão do direito penal. À vista disso, com a finalidade de adiantar a intervenção punitiva, verifica-se um processo de “flexibilização” das garantias político-criminais com reduções das formalidades processuais, bem como desrespeito ao princípio da legalidade penal e taxatividade na elaboração de tipos penais. Essas são as características de enfretamento da sociedade de risco, que tem provocado, como o apoio da mídia, o medo e a insegurança, o que acena para um modelo de intervenção punitiva que apresenta sérios riscos à liberdade e às garantias constitucionais do cidadão.⁴¹⁸

Para Franz Von Liszt, a política criminal apresenta métodos racionais de combate à criminalidade, que seria a tarefa social do direito penal. De outro ponto de vista, o direito penal, no seu sentido jurídico, competia à função liberal-garantística de assegurar a igualdade da aplicação do direito e a liberdade individual do cidadão em face do estado, que seria o fim

República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴¹⁵ Roberto, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 88.

⁴¹⁶ “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 10 mai.2020.

⁴¹⁷ “art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”. BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

⁴¹⁸ CALLEGARI. André Luiz, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 22-23.

do direito penal.⁴¹⁹ Esse pensamento de Liszt é decorrente do positivismo jurídico, o qual se caracterizava por expurgar qualquer elemento valorativo na seara do Direito nas dimensões do social e da política e principalmente as ideias do Direito Natural, por ser este metafísico e anticientífico.⁴²⁰ Por essa visão teórica, segundo Claus Roxin, Liszt fundamentava a oposição entre direito penal e a política criminal:

O direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito do jurídico.⁴²¹

Ao seu turno, Claus Roxin faz uma crítica a essa estruturação proposta por Liszt, posto que a dicotomia entre direito penal e política criminal não podem ser dogmaticamente uniformes. Em razão disso, a solução de um problema de ordem prática na seara jurídica deve ser orientada pela valoração e considerações, com independência de construções conceituais de política-criminais. Isso seria a possibilidade de corrigir os conceitos dogmáticos através de soluções de política criminal que estão discrepantes sem violar a segurança jurídica.⁴²²

Com se depreende, o sistema de normas jurídicas são construídas a partir do ordenamento posto. O texto do Código de Processo Penal é apenas o ponto de partida, a base empírica, desde que seja interpretado à luz dos princípios e normas da Constituição.⁴²³

A dogmática jurídica é dialética e está sempre em evolução paradigmática de interpretação. Isso significa dizer que o tema investigação criminal defensiva, como um viés na paridade de armas, com a finalidade de atingir o justo processo penal, é um pressuposto para que se reconheça o direito fundamental do imputado de se defender provando.

Sobre o direito fundamental de se defender provando, são esclarecedoras as palavras de Welton Roberto, quanto ao tema:

(...) o contraditório em seu caráter metodológico objetivo na formação da prova passa a ser um princípio fundamental que, embora não assuma caráter absoluto, comportando algumas exceções devidamente calibradas dentro da razoabilidade,

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2-3.

⁴²⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 371.

⁴²¹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

⁴²² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.7-8.

⁴²³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 258-259.

principalmente para garantia do sucesso do próprio fim do processo, deve ser considerado como corolário do justo processo penal.⁴²⁴

Sendo assim, o elemento caracterizador da justa persecução penal pressupõe que o imputado tenha garantido seu direito de defesa, desde a fase preliminar, para que haja a paridade de armas entre acusação e defesa, o qual deságua no contraditório e na ampla defesa nos limites dos preceitos constitucionais, como direito fundamental à produção da prova, como se tem defendido ao longo desta pesquisa.

Nesta toada, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo destaca que o imputado tem o direito ao exercício à defesa em procedimento preparatório ou preliminar, enquanto tutela da liberdade.

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.⁴²⁵

No mesmo sentido, é o posicionamento de Geraldo Prado, o qual argumenta que a defesa tem o direito de conhecer a totalidade dos elementos informativos para rastrear a totalidade da atividade persecutória para produzir a contraprova:

O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova.⁴²⁶

Com esses argumentos, fica evidente que a investigação criminal defensiva é um direito fundamental do imputado à produção da prova em contraditório proativo, em face do Estado-investigação, contra as ações penais infundadas, sem justa causa, sem lastro probatório mínimo de imputação da culpabilidade, que impede a movimentação desnecessariamente do aparato judiciário estatal.

Ainda dando suporte a essa fundamentação teórica, Antonio Scarance Fernandes esclarece que o sistema acusatório assegura à reação defensiva, todo o processo por meio de uma série de direitos que ilustram a garantia da defesa e estão ligados ao direito de reação do imputado, dentre eles: “(...) o direito do acusado a ser informado; o direito ao silêncio; o

⁴²⁴ Roberto, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.71.

⁴²⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, IMPP, n. 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

⁴²⁶ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

direito de ser defendido e, como derivação, o direito a defensor de sua confiança; o direito de intervir na investigação e na instrução; o direito de produzir prova; o direito de recorrer”.⁴²⁷

De fato, por exemplo, o direito ao silêncio, o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, direito de não autoincriminação, possibilita ao imputado o direito de autodefesa, conforme já apresentado no primeiro capítulo. O referido direito era visto pela doutrina tradicional com meio de prova, pelo simples fato de estar topograficamente no capítulo das provas no Código de Processo Penal. Neste contexto, faz-se mister a advertência formal e expressa ao interrogado, que ele pode permanecer calado, durante seu depoimento, sem se prejudicar, seja em juízo, seja em sede de persecução penal.

Além dessas bases do direito de defesa e da produção probatória, Vicente Greco Filho sublinha que “o processo constitucionalmente estruturado” é uma garantia indispensável do imputado contra o arbítrio estatal, que tem uma função repressiva, posto que submete o próprio Estado ao devido processo legal.⁴²⁸ Sendo assim, como já frisado, a fase preliminar da persecução do crime não é inexoravelmente inquisitiva, bem como o sigilo do inquérito é destinado para as diligências futuras, o que não proíbe o advogado do suposto indigitado tenha acesso aos elementos informativos colhidos e encartados por força da equidade de armas e do direito de defesa.

Por fim, a investigação defensiva está umbilicalmente ligada ao princípio da paridade de armas, como já explanado no primeiro capítulo, desta dissertação. De fato, o imputado fica, ao menos em teses, com paridade de armas e em igualdade de condições com os Órgãos de persecução penal, o que lhe permite buscar diretamente ou por meio de seu defensor, elementos de provas que lhes sejam favoráveis. Com isso, o Juiz, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da persecução penal, poderá cotejar os elementos probatórios resultantes das investigações defensivas com dos órgãos oficiais investigativos do Estado.

⁴²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁴²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-84.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa discutiu sobre a possibilidade de a defesa técnica produzir, por autoridade própria, elementos informativos e/ou provas durante a persecução penal, em contraditório proativo. Nessa linha de raciocínio, sustenta-se que a investigação criminal defensiva é um direito fundamental à produção da prova em contraditório proativo e em paridade de armas com os órgãos de persecução criminal estatal, com a finalidade de se buscar uma situação que seja mais favorável ao imputado para o justo processo penal.

Inicialmente, a pesquisa se debruçou sobre a teoria do garantismo penal para fincar suas bases teóricas em torno da investigação criminal defensiva com uma das vigas do direito fundamental à prova produzida diretamente pela defesa técnica. De acordo com essa concepção, o direito de defesa é um direito natural, imprescindível e inalienável em face do poder punitivo estatal, o qual pode ser restringido apenas no plano da proporcionalidade. Por outro lado, há vozes na doutrina brasileira que fazem críticas a aplicação da teoria de Ferrajoli quanto ao excesso de proteção ao imputado em detrimento aos direitos fundamentais das vítimas e da sociedade, o que leva à proteção deficiente do Estado e à impunidade.

Com fulcro de enquadrar a natureza jurídica da paridade de armas no processo penal, infere-se ser um princípio constitucional implícito, que é sacado do contraditório e não do princípio da igualdade, através da cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal. Nesta perspectiva, foi constatada que a paridade de armas no processo penal é uma condição necessária para garantir a equidade no plano material entre as partes no sistema de persecução penal no sistema acusatório. Ela serve de premissa à reação defensiva como uma garantia fundamental que busca a posição de equilíbrio na produção da prova pelas partes, haja vista que o Supremo Tribunal Federal garante ao Ministério Público produzir provas por autoridade própria.

Com o esteio na garantia constitucional da não-autoincriminação, verificou-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* asseguram o direito ao silêncio e à defesa de produzir provas que sejam favoráveis ao imputado, dentro de uma visão ética do processo penal. Dessa maneira, o Estado não pode violar direitos fundamentais, com o objetivo de captar provas ilícitas para justificar o combate à criminalidade e a não impunidade. Entretanto, a garantia constitucional de não participação voluntária do imputado na produção de provas que possam o incriminar, só se justifica quando houver sério risco de fundada violação de direito fundamental.

O tema inquérito policial foi estudado sob as perspectivas históricas, relacionando com as políticas de Estado em determinados quadrantes históricos. Esse tópico foi bastante importante para dar sustentação teórica para dialogar com a doutrina, seguindo o arcabouço teórico sobre o contraditório e a ampla defesa em torno do inquérito policial. Esse estudo partiu do pressuposto de modelo de persecução penal acusatório, o qual apresenta sujeitos definidos na relação processual em acusar, defender e julgar.

Nesse sentido, embora a doutrina majoritária sustente que são inadmissíveis o contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, é possível vislumbrar, ao menos, que há vozes na doutrina que defendem o contraditório diferido, ou seja, para as provas já documentadas, conforme a Súmula Vinculante nº 14. Com efeito, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal garante ao advogado de defesa amplo acesso aos autos do inquérito policial, para verificar os elementos informativos já documentados. Isso representa um grande avanço para defesa técnica traçar suas estratégias, além de diminuir a inquisitorialidade da fase preliminar da persecução penal e o arbítrio do poder estado-investigação, o que sinaliza para uma justiça criminal não apenas voltada para a repressão de crimes, mas, também, com respeito à dignidade do investigado.

Entretanto, faz necessária uma crítica ao contraditório diferido, já que a vedação do contraditório no inquérito policial deveria ser nos casos de diligências que possam causar prejuízos às investigações em curso, a exemplo de escutas telefônicas, quebra de sigilo fiscal e buscas e apreensões. Por isso, não é exagero afirmar que a investigação criminal defensiva concretiza o cânone constitucional da justa persecução penal como direito fundamental à liberdade e à garantia da inviolabilidade do direito de defesa. Evidentemente, a defesa técnica do imputado pode exercer as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa desde a fase investigativa, de tal modo que o sigilo do inquérito policial tem limites, em razão de que o imputado não pode ser mais visto como um simples objeto da investigação, mas como um sujeito com direitos e garantias constitucionais.

Cabe destacar ainda que há expectativas de futuro em torno do inquérito policial, para superar a semântica do significado “não-contraditório”, que está no seu conceito desde o século passado. Desse modo, a investigação criminal defensiva e o juiz das garantias podem superar a inquisitorialidade no inquérito policial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para uma justiça criminal célere e eficiente que assegurem os direitos e as garantias fundamentais do imputado.

Quanto aos aspectos da teoria da prova penal, restou claro que a função e a finalidade da prova na persecução penal são a possibilidade de se atingir a reconstrução dos fatos, pelo

menos, em tese. Por sua vez, a doutrina majoritária defende que dificilmente ou nunca se atingirá a certeza absoluta, e sim uma “certeza” razoável, quando fundada em provas.

A positivação da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal é de extrema relevância às partes observarem com a finalidade assegurar a rastreabilidade e a fiabilidade do elemento probatório, posto que o protege, em tese, de interferências externas capazes de falsificar o resultado da atividade da perícia técnica. Isso significa dizer que a defesa, ao produzir provas técnicas deve sempre observar os protocolos da cadeia de custódia da prova para maior certeza ao elemento probatório e o mesmo grau de confiabilidade da investigação pública.

Ficou evidenciado que a pesquisa buscou subsídios teóricos no direito comparado, especialmente nos Estados Unidos e na Itália, valendo-se de perspectivas teóricas e práticas, quando foi possível verificar que a investigação criminal defensiva já é bastante desenvolvida nesses países. Neste contexto, de um modo geral, é viável alcançar uma nova concepção para a advocacia criminal no Brasil, a partir das experiências desses sistemas jurídicos estudados neste trabalho.

A rigor, por conseguinte, é importante reconhecer que a investigação criminal defensiva representa uma ferramenta a serviço da defesa técnica na produção direta da prova, para que o imputado possa se defender provando e buscar uma situação mais favorável durante a persecução penal, até mesmo uma ação de revisão criminal. Considerando essa perspectiva, reconhecer a validade da prova produzida diretamente pela defesa técnica é assegurar a atividade probatória da investigação criminal defensiva com o mesmo grau de confiabilidade e fiabilidade da investigação pública. É por essa razão que a tutela do direito fundamental à prova em contraditório proativo e em paridade de armas são os sustentáculos da investigação defensiva.

No que diz respeito às dificuldades para a efetiva realização prática da investigação criminal defensiva no Brasil vale observar a falta de estrutura das Defensorias Públicas e o alto custo financeiro para a contratação de advogados, peritos e auxiliares para captar os elementos informativos e as provas. Acrescente-se também que o “peso” da confiabilidade da prova produzida diretamente pela defesa técnica, não tem o mesmo da oficial, já que existe desconfiança por parte da justiça criminal, o que poderá gerar descrença de credibilidade do acervo probatório do caderno investigativo da defesa.

É importante reconhecer que o Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que traz os aspectos éticos, a condução das diligências e os limites da investigação defensiva, pode conferir paridade de armas à

defesa técnica e ao Ministério Público, como uma maneira de dar efetividade ao processo penal e a prestação jurisdicional com a finalidade de garantir direitos fundamentais do imputado para o justo processo penal.

Todavia, é preciso mesmo a positivação da investigação criminal defensiva no ordenamento jurídico. Por essa razão, garantir ao advogado de defesa requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, por autoridade própria, é hoje necessário e indispensável para a justa persecução penal, o que de certo modo irá garantir, em tese, a paridade de arma no processo penal.

Evidentemente, quando o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009, o qual traz a previsão legal da investigação criminal defensiva, será um grande avanço para a eficiência do sistema de justiça criminal. Isso porque o objetivo dela é a priori identificar as fontes de prova por iniciativa própria da defesa técnica que sejam favoráveis ao imputado em qualquer fase da persecução penal, na execução da pena ou mesmo na revisão criminal. Diante disso, é preciso *lege ferenda* sobre a investigação criminal defensiva quanto aos seus aspectos procedimentais e éticos como condição necessária para a realização da justiça criminal para o contraditório na produção da prova em paridade de armas.

No que diz respeito à análise dogmática, o direito fundamental de produção da prova diretamente pela defesa tem fundamento Constitucional no art. 133, uma vez que o advogado é indispensável à administração da justiça, e não pode ser visto como uma figura decorativa, “advogado de pedra”, na persecução penal. Dessa maneira, a produção da prova diretamente pelo advogado é direito e obrigação de zelo no exercício da profissão.

Com essas considerações, acredita-se que a investigação criminal defensiva é uma perspectiva de futuro, enquanto instrumento para o advogado que vai prospectar o acervo probatório por autoridade própria em defesa de seu cliente. Essa é uma proposta para um novo modelo de persecução penal, como a finalidade garantir a paridade de armas no processo penal entre as partes para a justa persecução penal, a qual é albergada pela Constituição Federal, enquanto direito fundamental de se defender provando em contraditório proativo.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Batista de Souza 1920.

AZEVEDO, Noé. **As Garantias da liberdade individual em face das novas tendências penaes**. São Paulo: Revista dos Tribunaes, 1936.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org). In: **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. reim. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Por um efetivo “devido processo legal”. In: BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Direito Processual: Uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUENO, Amilton de Carvalho. **Garantismo Penal Aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Ed. anotada atual. e complementada, por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- CALDEIRA, Jorge. [et. Al]. **Viagem pela história do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- CALLEGARI, André Luiz, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CARVALHO, Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 3 ed. rev. Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2006.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação Criminal Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DAL RI JÚNIOR, Arno. [et. al.]. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, "et al". 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005.

_____. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 10 Anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Julgamento antecipado da lide direito ao processo. In o processo e sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 7. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1989.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito penal à luz dos princípios constitucionais**. Campiunas, SP: Millennium Editora, 2015.

KARAM, Lucia Maria. O direito à Defesa e a Paridade de Armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs). **Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuições à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento. As Gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. In: **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares**. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (Orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. V.1 Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. V.I. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Elementos de Direito processual penal**. V.II. Campinas: Bookseller, 1997,

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa de. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 1997.

_____. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002, v. 1.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito Processual**. 19. ed. atual. Por Adalberto José Q.T de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Juris Lumen, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **O curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Processo e Hermenêutica Penal na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; Douglas Fischer. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PAULO, Alexandre Ribas. **O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro**. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. [et al.]. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e O direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. amp. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: CEJUP, 1987.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Estudos em processo penal**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RAMOS, João G. G. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a decisão recente do STF: junho de 2021. São Paulo: atlas, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2002.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v.1. 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução André Luiz Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

_____. **Decisão Penal: a bricolage de significante**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho processual penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. 2. ed. São Paulo: Landy, 2006.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SILVA, Jesús-Maria Sánchez. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria e oficinas Magalhães, 1917.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do Devido Processo Legal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. **Processo Civil Comparado: Ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TASSE, Adel El. **Investigação preparatória**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____; ZANCONCINI Eduardo; PIASECKI, Patrícia Regina. **Novo Sistema de Prova Penal: comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2017.

_____. **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2009.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandre Martins e Daniel Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____, [et al.]. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Coordenação Gustavo Badoró e Petronio Calmos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

2. ARTIGOS

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista de Doutrina da 4. Região**, n. 40, fev. 2011.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253- 273, jan./fev. 2007, p. 269.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Investigação defensiva e a busca da paridade de armas no processo penal. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/gabriel-bulhoes-investigacao-defensiva-paridade-armas>> Acesso em: 20 mar. 2021.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “*giusto processo*” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>>. Acesso em: 10 de jun. 2019.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 02 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: conceito e natureza jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 805, p. 472-478, nov. 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Que juízes são esses”. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 25, Janeiro 1995, p. 01-02.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. **Revista de Processo**. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, IMPP**, n. 22, jun-jul-ago/2003, p. 3.

_____, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo: ano 7, n. 83. ed. especial. Out. 1999.

PRADO, Geraldo. “Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 262, setembro de 2014, p. 16-17.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: os limites da liberdade de conformação legislativa e a aplicação (corretiva) da nulidade parcial sem redução de texto (teilnichtigterklärung ohne normtextreduzierung) à Lei dos Juizados Especiais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru**, v. 41, n. 48, p. 85-118, jul./dez. 2007.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, São Paulo, **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 2015, p. 28.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 188, 2008, p. 2.

3. DIPLOMAS NORMATIVOS E DOCUMENTOS PÚBLICOS

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm> Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. **Reformando o Código de Processo Criminal**: Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm > Acessado em 20 de mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**: Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acessado em: 20 de mai. 2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 1002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 10 mai.2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. Lei Complementa n. 80, de 12 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm> Acessado em: 20 de mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em:< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)**. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso: em 15 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

4. PRECEDENTES

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Sexta Turma. HC 69.405/SP. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3081/habeas-corpus-hc-69405>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 88.190. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 29 ago. 2006. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759819/habeas-corpus-hc-88190-rj>> Acesso em: 10 mai.2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 93.767. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 01 abr. 2014. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=748582510&pgI=101&pgF=105> >. Acesso em: 10 mai. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Segunda Turma. HC 166.694/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 12 fev. 2019. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+166694%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+166694%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y99djpyl>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 87567/SP, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgado em: 12 jul. 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728221/habeas-corpus-hc-87567-sp>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 73.271. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 17 jun. 1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702302/habeas-corpus-hc-73271-sp>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71408/RJ. Segunda Turma. Ministro Relator Marcos Aurélio. Julgado em: 16 ago. 1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+71408%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wpv6ojl>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da Segunda Região. HC. 95.02.17100-4- RJ. Primeira Turma. Desembargador Federal Relator Chalu Barbosa. Julgado em 22 nov. 1995. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4718206/habeas-corpus-hc-rj-950217100-4?ref=serp>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 160.662/RJ. Ministra Relatora Assusete Magalhães. Julgado em: 18 fev. 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 Ago. 2020.